



Government  
of Canada

Gouvernement  
du Canada

CA1  
IA  
-2009  
AII



3 1761 11556379 3

# ABORIGINAL CONSULTATION AND ACCOMMODATION

Interim Guidelines  
for Federal Officials  
to Fulfill the Legal Duty to Consult

FEBRUARY 2008



Canada

Published under the authority of the  
Minister of Indian Affairs and Northern  
Development and Federal Interlocutor for  
Métis and Non-Status Indians  
Ottawa, 2009  
[www.ainc-inac.gc.ca](http://www.ainc-inac.gc.ca)  
1-800-567-9604  
TTY only 1-866-553-0554

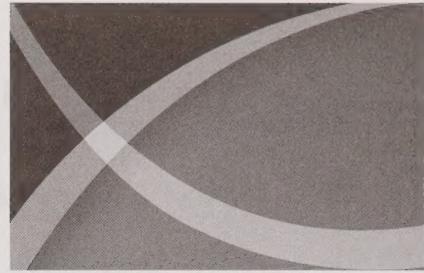
QS-7105-000-BB-A1  
Catalogue number: R3-111/2009  
ISBN number: 978-1-100-50392-9

Minister of Public Works and Government  
Services Canada

Cette publication est aussi disponible en français sous le titre : Consultation et  
accommodelement des groupes autochtones - Lignes directrices provisoires à  
l'intention des fonctionnaires fédéraux afin de remplir l'obligation de consulter

# ABORIGINAL CONSULTATION AND ACCOMMODATION

Interim Guidelines  
for Federal Officials  
to Fulfill the Legal Duty to Consult



## TABLE OF CONTENTS

### PART A – INTRODUCTION

I	Introduction .....	5
II	Purpose .....	7
III	Context .....	7
	– Historical .....	7
	– Legal .....	8
	– Geographic .....	8
IV	Guiding Principles .....	9
	– Legal Principles .....	9
	– Principles from Practice .....	10

### PART B – INFORMATION FOR MANAGERS

I	Roles and Responsibilities .....	15
	– Federal Departments/Agencies (the Crown) .....	15
	– Aboriginal Groups .....	17
	– Provinces and Territories .....	17
	– Third Parties .....	18
II	Getting Organized For Crown Consultation Processes .....	18
	– Organizing your Department/Agency for consultation .....	19
	– Financial and human resources considerations .....	21
	– Training considerations .....	22
	– Engaging DOJ counsel in the consultation process .....	23
	– Conducting consultations – checklist of fundamentals .....	24

<b>ANNEX A: DEFINITIONS .....</b>	<b>25</b>
<b>ANNEX B: LEGAL CASE SUMMARIES .....</b>	<b>29</b>
<b>PART C – INFORMATION FOR PRACTITIONERS</b>	
<b>THE CROWN CONSULTATION PROCESS .....</b>	<b>37</b>
<b>Phase 1: Pre-Consultation Analysis and Planning .....</b>	<b>38</b>
– Step 1: Describe and map out intended project/activity .....	39
– Step 2: Conduct background research on Aboriginal groups in the area and their rights and identify potential adverse impacts of the proposed project/activity .....	40
– Step 3: Undertake initial assessment and analysis, including strength of claim assessment .....	42
– Step 4: Determine potential severity of adverse impacts of proposed project/activity on established or potential section 35 rights .....	44
– Step 5: If a legal duty appears to exist, establish its content (initial form and content of consultation process) .....	46
<b>Phase 2: Crown Consultation .....</b>	<b>48</b>
– Implement the consultation process .....	48
<b>Phase 3: Accommodation .....</b>	<b>51</b>
– Step 1: Collect background information supporting the basis for accommodation .....	53
– Step 2: Review and determine accommodation option(s) .....	54
– Step 3: Determine the selected accommodation options(s) .....	55
– Step 4: Document and communicate the decision(s) .....	55
<b>Phase 4: Implementation, Monitoring and Follow-Up .....</b>	<b>56</b>
– Step 1: Implement the decision .....	56
– Step 2: Monitoring .....	57
– Step 3: Follow-up .....	57
<b>END NOTES .....</b>	<b>58</b>

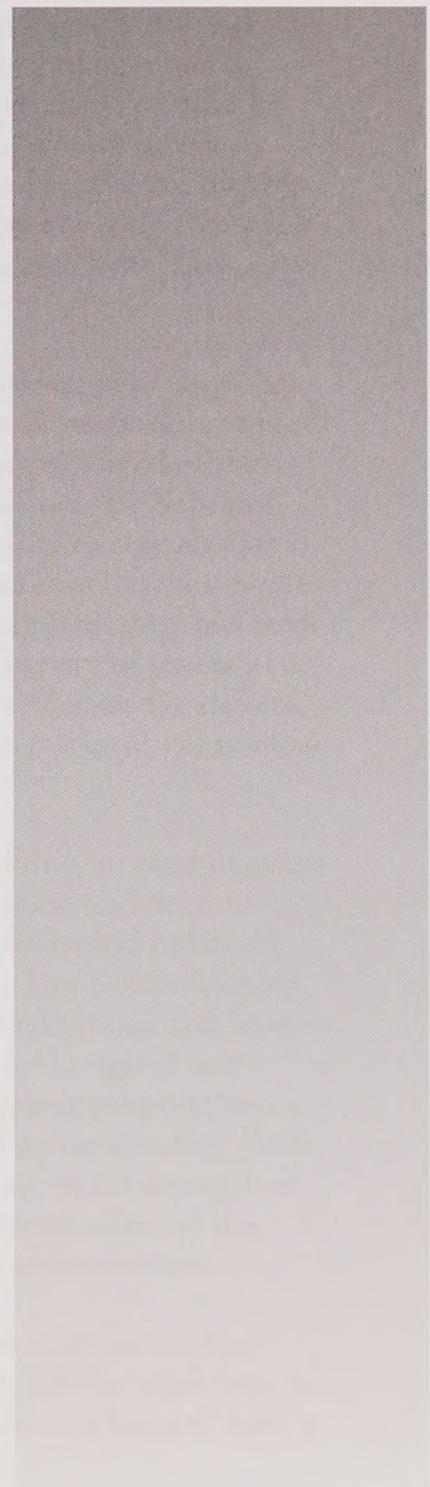
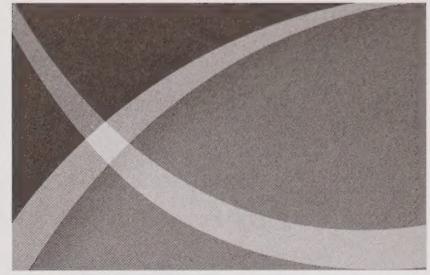


## PART A

# ABORIGINAL CONSULTATION AND ACCOMMODATION

Interim Guidelines  
to Fulfill the Legal Duty to Consult

## AN INTRODUCTION





Digitized by the Internet Archive  
in 2022 with funding from  
University of Toronto

<https://archive.org/details/31761115563793>

# I INTRODUCTION

The Government of Canada consults with Canadians on matters of interest and concern to them. Consulting is an important part of good governance, sound policy development and decision-making. In addition to good governance objectives, the federal government consults with Aboriginal people for legal reasons. Canada has statutory, contractual and common law obligations to consult with Aboriginal groups. The process leading to a decision on whether to consult includes a consideration of all of these factors and their interplay. The focus of the Interim Guidelines however is not on the broader context but on when, who and how to consult pursuant to the common law duty to consult most recently described by the Supreme Court of Canada in *Haida*<sup>1</sup>, *Taku River*<sup>2</sup> and *Mikisew Cree*<sup>3</sup>.

The common law duty to consult is based on judicial interpretation of the obligations of the Crown in the context of existing Aboriginal and treaty rights of the Aboriginal peoples of Canada, recognized and affirmed in section 35 of the *Constitution Act, 1982*<sup>4 5</sup>. In the *Haida* and *Taku River* decisions, the Supreme Court of Canada (SCC) held that the Crown has a legal duty to consult and, if appropriate, accommodate, when the Crown contemplates conduct that might adversely impact section 35 rights (established or potential). This duty has been applied to an array of Crown actions and in relation to a variety of potential or established Aboriginal and treaty rights. For the purposes of these Guidelines, the legal duty to consult refers to the common law duty; statutory or contractual obligations to consult will be referenced as such.

In these decisions, the SCC also determined that the legal duty to consult stems from the Crown's unique relationship with Aboriginal peoples and must be discharged in a manner that upholds the honour of the Crown and promotes reconciliation of Aboriginal and non-Aboriginal interests. The SCC is looking at how the Crown manages its relationships with Aboriginal groups and how it conducts itself when faced with constitutionally protected Aboriginal and treaty rights. Crown decisions can be subject to review by a court prior to the final definition of an established right or the resolution of an outstanding claim. The scope and content of consultation will be proportionate to the strength of the potential right and the seriousness of the potential adverse effect of the contemplated activity. Consultation may reveal a need to accommodate.

Other than this broad general framework, the courts have thus far left the detailed exercise of implementing processes designed to fulfill the legal duty, to government. An awareness of the duty and a consideration of when and how it

might apply and how it corresponds with existing departmental or agency consultation policies must become part of the government's daily business including such activities as operational decisions, policy development, negotiations and legislative processes. These Interim Guidelines seek to provide guidance in determining how and when the legal duty to consult is triggered and need to be considered by government officials in the course of their work. They reflect the federal government's understanding of the legal parameters of the duty.

In the coming months, work will be undertaken to develop a federal policy on consultation and accommodation that will address outstanding legal and policy matters including the scope of the duty, who is the Crown, the nature and scope of accommodation, capacity of government and Aboriginal groups to engage in consultation, and the reconciliation of the evolving legal duty with statutory and other legally based obligations to consult (e.g., comprehensive land claim agreements). It is expected that such a policy, to be informed by engagement with First Nations, Inuit and Métis groups, will enable the legal duty to be fulfilled in a more consistent, coherent, and efficient way across the federal government.

The evolution of consultation case law combined with the "lessons learned" and best practices from within and outside the federal government, will mean that these Interim Guidelines will change over time. In addition, the development of federal policy on consultation and accommodation is anticipated to have a significant influence on the content of these Guidelines. As part of this ongoing process, departments and agencies need to review their current approaches to consultation with Aboriginal groups to ensure that they are consistent with these Guidelines and with the developing consultation policy framework. It is the responsibility of each federal department/agency that is engaged in the contemplated Crown conduct to ensure that adequate consultation and accommodation measures where appropriate, are undertaken for each decision or action it takes, or is part of, which may give rise to a duty to consult.

This document comprises three parts: Part A – Introduction to Interim Guidelines on Aboriginal Consultation and Accommodation; Part B – Interim Guidelines for Managers; and Part C – Interim Guidelines for Practitioners. Part C includes guiding principles for consultation and a step-by-step guide that federal departments and agencies can use to determine if there is a legal obligation to consult, how it may be fulfilled and detailed lists of the kinds of factors that will assist them in managing their consultation efforts.

## II PURPOSE

The purpose of this document is to provide practical advice and direction to federal departments and agencies regarding the legal requirement for the Crown to consult with Aboriginal groups and, where appropriate, accommodate their interests. The Interim Guidelines aim to provide steps and pointers for federal departments and agencies when assessing whether consultation with Aboriginal groups is needed on a legal basis and, if so, how to get organized for consultations and what is needed to ensure that meaningful consultation is carried out. Implementation of these Guidelines is a step towards reconciling the need for consistency in federal practices and approaches with the law, by providing common information and tools, and draws upon existing information within the federal system.

All federal departments and agencies are required to comply with the legal duty to consult and possibly accommodate. In addition, a wide array of consultation practices is currently being used across the country (including the existence of many project-specific consultation arrangements). Leaving the decisions on how best to carry out consultation responsibilities solely within the purview of individual federal departments and agencies would likely lead to inconsistent results and potentially increase Canada's legal risk. However, a highly prescriptive set of guidelines would amount to "reinventing the wheel" in many cases where existing consultation processes may be adequate and preferred by the Aboriginal groups involved. Thus, the objective of these Guidelines is to provide an approach to consultation that reconciles the need for consistency in exercising the Crown's legal duty to consult with the desired flexibility, responsibility and accountability of departments and agencies in determining how best to do so.

## III CONTEXT

The context within which the requirement to consult Aboriginal groups and, where appropriate, accommodate their interests, may be divided into three distinct but related components: historical legal and geographic.

### 1. Historical

Consultation with First Nations, Inuit and Métis representatives is a reality across Canada that predates the Supreme Court of Canada decisions. While

these consultation practices differ by project type or by government department/agency, many were developed jointly with Aboriginal representatives and applied in a manner satisfactory to the parties involved. Further, existing public consultation processes may be enough to satisfy the requirement to consult in many situations. In certain cases, these Interim Guidelines will complement or supplement existing consultation processes that exist in different areas of the country. Industry may also establish consultation processes. All existing processes should be assessed to determine what further steps if any the Crown must take to fulfill its legal duty to consult in particular circumstances. An illustrative example is the legislated federal environmental assessment process that has public consultation mechanisms and specific information requirements which may vary from the requirements for the legal duty to consult and will need to be reconciled by federal officials for a proposed project/activity that might have potential adverse effects on section 35 rights. Departments and agencies will need to review their on-going practices in light of the Interim Guidelines set out in this document and make appropriate adjustments or changes.

## **2. Legal**

The legal duty to consult developed in the Supreme Court of Canada decisions of *Haida*, *Taku River* and *Mikisew Cree* forms the basis of these Interim Guidelines. There are a number of other legal reasons and sources for the Crown obligation to consult with Aboriginal groups, including: statutory and regulatory provisions, comprehensive land claim agreements, treaties, contractual arrangements, and more specific common law requirements that may be triggered in a particular context. It is important to identify the legal source of potential consultation obligations as this will inform and may guide what is required in the particular context. Department of Justice legal counsel can assist in this regard.

## **3. Geographic**

The application of common approaches to consultation and, where appropriate, accommodation across the country, must be reconciled with the fact that established and potential Aboriginal and treaty rights vary in both scope and content. Such rights vary depending on the particular treaty, the kinds of activities, resources or claims that exist, and the area of the country where the project/activity is proposed to take place. As well, modern land claim

agreements often contain their own consultation provisions, which were agreed upon by all parties. Consultation procedures and approaches must therefore be sensitive to these differences and provide for appropriate adaptations to address the different kinds of rights and obligations on the Crown that are at issue in different geographical areas in the country.<sup>6</sup>

For reference purposes, the Indian and Northern Affairs internet site offers a map of Canada that illustrates the geographic location of modern treaties (i.e. comprehensive land claim agreements). You can find it at <http://geoviewer/geoviewer/Default.aspx?Map=CLAIMCOMP>. You can print by using the “Print” tab on the left side of the screen.

## IV GUIDING PRINCIPLES

When developing and implementing processes for consultation and accommodation, the Crown will be guided by a series of principles that have emerged both from the case law and consultation practice by government over the years.

### Legal Principles

The following legal principles apply in all contexts in which consultation obligations may arise. They outline the basis for this obligation and the objectives that the Court has sought to promote through this common law duty.

**Honour of the Crown** – The honour of the Crown is at stake in all dealings between the Crown and Aboriginal peoples. The duty to consult and accommodate, where appropriate, stems from the Crown’s unique relationship with Aboriginal peoples and must be discharged in a manner that promotes reconciliation of Aboriginal and non-Aboriginal rights and interests.

**Reconciliation** – The duty to consult and where appropriate, accommodate is part of a process of fair dealing and reconciliation that begins with the assertion of sovereignty by the Crown and continues beyond formal claims resolution through to the application and implementation of treaties. Crown efforts to consult with, and accommodate the interests of Aboriginal groups whose rights may be adversely affected, should be consistent with the overarching objective of reconciliation with Aboriginal groups.



**Reasonableness** – Crown efforts to reconcile and balance other societal interests and established or potential Aboriginal and treaty rights must be reasonable. Consultation processes need to reflect reasonable and genuine efforts by all parties.

**Meaningful Consultation** – The duty to consult requires a genuine effort to address legitimate concerns and interests that relate to the impacts of contemplated Crown conduct on section 35 rights. To be meaningful, there must be a genuine willingness and ability to adjust the contemplated conduct, if such is appropriate.

**Good Faith** – Consultation must be guided by genuine efforts. Such efforts require the disclosure of relevant factors and information, no predetermined outcome, no oblique motive, and the absence of any appearance of any sharp dealing.

**Responsiveness** – Consultation is intended to respond to Aboriginal rights and interests, to minimize the potential adverse affects of a given activity, and to substantively address the concerns raised. To do so, it is necessary that the Crown be prepared to respond, have some degree of flexibility in relation to the planning and implementation of the proposed activity, and consider potential accommodation measures that may be appropriate in a given context.

## Principles from Practice

**Mutual Respect** – Consultation must be based on mutual respect for all participants, taking into account different interests, perspectives, cultures, understandings and concerns.<sup>7</sup>

**Accessibility and Inclusiveness** – It is important to ensure the participation of Aboriginal groups who have an interest in or who may be affected by the decision. For consultation based on a legal duty to consult, participation would have to include specific Aboriginal groups whose established or potential rights could be negatively affected. Appropriate measures should be taken to ensure access of Aboriginal groups to the process, taking into account community capacities, geographic location and/or their linguistic, socio-economic background or physical capabilities.



**Openness and Transparency** – Consultation needs to be a procedurally fair and clear process. Consultation should be carried out with consideration of:

- early engagement;
- the provision of clear, accurate and relevant information;
- informing participants on how their concerns were considered in the decision-making process and reasons why their views were not reflected; and,
- documenting results of the process.

**Efficiency** – The consultation process ought to be designed to make the most efficient use of existing and proposed processes and resources while maximizing the contribution of all participants.

**Timeliness** – Consultation is most effective if initiated as early as possible before decisions are made. Clear and reasonable timelines should be established for input and comments and these timelines need to be communicated clearly.



## PART B

# ABORIGINAL CONSULTATION AND ACCOMMODATION

Interim Guidelines  
to Fulfill the Legal Duty to Consult

INFORMATION FOR MANAGERS



# I      ROLES & RESPONSIBILITIES

## Federal Departments and Agencies (the Crown)

Where it has been determined that there is a legal duty to consult, as a result of an assessment that the proposed Crown conduct has the potential to affect a credible claim to Aboriginal or treaty rights (see Part C), effective consultation requires collaboration with Aboriginal groups and coordination and cooperation within the federal government.

The federal government as a whole is responsible to ensure that any and all consultation and, where appropriate, accommodation obligations are fulfilled. Limitations on any one department, agency or other federal entity will not limit what is required of the Crown in the circumstances. Hereinafter, the term department/agency will be used to denote any and all federal entities involved in the Crown conduct/activity and consultation process. As a result, it is important for all federal departments/agencies involved in an activity that gives rise to the legal duty to consult, to work together and to coordinate their efforts to discharge their respective mandates in a manner that assists to fulfill any Crown consultation duties. It is the responsibility of each federal department/agency that is engaged in the activity to ensure that adequate consultation and measures to accommodate, where appropriate, are undertaken for each decision or action they take that may give rise to a duty to consult.

There may also be instances where other federal departments/agencies need to be involved in the process to ensure that the Crown is adequately responsive and able to deal meaningfully with the Aboriginal groups involved. Coordination and support within the federal government are essential to ensuring that the Crown is able to fulfill its consultation obligations.

The following elements are appropriate for honourable Crown conduct in the context of consultation with Aboriginal groups (whether on the basis of good governance or a legal duty) and if they are followed, will help to ensure that the Crown will have acted honourably:

- Clearly “map out” the proposed Crown activity, or approval process for a third party activity, noting all potential federal departments/agencies that may be involved, the decisions or types of conduct each may be mandated to make or do, and the nature of the activity or decision;

- Clearly identify who has the authority to consult on behalf of Canada in the particular context – which department/agency has the mandate and ability to sign any agreements or protocols reached on behalf of Canada. (i.e., what level of authority is necessary, what mandates are required or currently in place and what is the potential process for seeking approvals?). Where it is not clear which department/agency has the authority, it is important that all involved conduct their work collaboratively and the designation of a “lead” department/agency is strongly encouraged;
- Where a third party or non-government entity may be involved, determine how information, timelines and project decisions are to be exchanged with and communicated to government and whether it anticipates carrying out consultations with Aboriginal groups;
- Inform itself of the established or potential Aboriginal and treaty rights that may be adversely impacted by the proposed conduct;
- Ensure that an assessment of the strength of claim has been done and documented;
- Ensure that relevant information regarding the government or third party activity is provided to appropriate Aboriginal groups in a timely manner, including the appropriate contact within government to respond to and any particular timelines that may be at issue;
- Engage the Aboriginal groups regarding the proposed activity so that they have an opportunity to outline their established or potential Aboriginal and treaty rights and to articulate concerns regarding potential adverse impacts on their rights or interests;
- Ensure there is a reasonable process for engaging Aboriginal groups (may be within or in addition to public processes or established regulatory processes) and keep records of all communications;
- Ensure that all communications received from Aboriginal groups are responded to in a coordinated and timely fashion.;
- Ensure that all meetings and correspondence are on the record to enable the Crown to rely on such information, if necessary, in Court. Information provided to government may be subject to *Access to Information Act* requests. Therefore specific measures may be required before agreeing to any

confidential or off the record discussions or treatment of documents. Consult Department of Justice counsel before discussing how discussions or particular materials exchanged in the course of the consultation process may be treated or classified.

- Ensure that any consultations carried out by third parties or Crown agents that the Crown intends to rely on are also available to the Crown.
- Consider, assess, and respond to the representations of the Aboriginal groups;
- Consider opportunities for mitigating all potentially adverse impacts on the Aboriginal groups and their respective section 35 rights, and seek ways to minimize such impacts; and,
- Be responsive to participants on what decisions have been made, how their concerns and representations were considered or why they were not considered in the decision making process.

## Aboriginal Groups

The Crown may reasonably expect Aboriginal groups to:

- Clearly outline in a timely manner the nature and scope of the Aboriginal or treaty rights they claim and the potential adverse impacts that the Crown activity, or that of a third party, will have on such rights;
- Make the concerns of the affected Aboriginal groups known to the Crown;
- Not frustrate reasonable good faith attempts to consult by the Crown or take unreasonable positions that thwart government from making decisions (*source: paragraph 42 of SCC decision *Haida Nation v. British Columbia**); and,
- Attempt to reach a mutually satisfactory resolution to a particular situation.

## Provinces and Territories

The Supreme Court of Canada decisions on *Haida*, *Taku River* and *Mikisew Cree* apply to provincial and territorial governments. Provincial and territorial governments have, to varying degrees, instituted their own Crown consultation processes for projects within their jurisdictions. For initiatives involving both

federal and provincial governments, opportunities to coordinate efforts with provinces and territories should be pursued to the maximum extent possible, to increase efficiency by minimizing duplication and conflict.

## Third Parties

Third parties, such as industry proponents, do not have a legal obligation to consult Aboriginal groups whose rights may be adversely impacted by their activities. The Crown alone is legally responsible for any consequences that flow from its actions and interactions with third parties that may adversely affect Aboriginal and treaty rights. However, there are normal due diligence and like business practices that are carried out by industry in the course of their interactions, relations and dealings with Aboriginal groups. Such practices may assist the overall consultation efforts.

The Courts have also suggested that the Crown can delegate procedural aspects of consultation to third parties, as in the case of proponents' roles within environmental assessments or through the placement of conditions on licenses or authorizations to carry out certain activities. In addition, case law suggests that the Crown can benefit from the outcomes of a third party consultation process and any accommodation measures provided by third parties. The role of such third party activities within the consultation processes should be incorporated into any Crown consultation plans and efforts.

In the case of legally based consultation, the final responsibility for consultation and accommodation rests with the Crown as the honour of the Crown cannot be delegated.

## II GETTING ORGANIZED FOR CROWN CONSULTATION PROCESSES

This section outlines how managers in federal departments and agencies should prepare for consultations including examining financial, human resources and training requirements and the need to involve Department of Justice counsel. It complements Part C which provides a step-by-step guide for practitioners who will be developing and implementing Crown consultation processes on the ground. Both Parts B and C serve as interim measures to assist in consistency and efficiency until federal policy on consultation and accommodation is developed.

## Organizing your Department/Agency for consultation

Within its mandate, each federal department/agency is responsible for meeting the legal obligation to consult with Aboriginal groups. Some federal departments/agencies may have already established processes as a matter of good governance. These should be reviewed in order to ensure that they meet the standards necessary to fulfill the common law duty to consult.

In Nova Scotia, there is a province-wide consultation process developed as part of a larger tri-partite negotiations process dealing with Aboriginal and treaty rights issues. The Terms of Reference for a Mi'kmaq/Nova Scotia/Canada consultation process are now being implemented on a trial basis by the Parties for approximately one year. This "test-drive" will enable the Parties to decide whether to amend the Terms of Reference in advance of final approval. Although the consultation process established therein is optional, the Parties hope that it will become the preferred choice for government departments and agencies whenever the duty to consult with the Mi'kmaq in Nova Scotia arises.

The following list identifies some of the tasks to be undertaken in preparation for consultation:

- Review options for consultation approaches based on types of activities the department/ agency typically engages in or has the potential to engage in and existing consultation processes that may already be in place within regions or by type of project;
- Identify opportunities and constraints facing the department/agency in conducting consultations such as financial and human resources available;
- Review current mandates and authorities of departments /agencies in relation to considering specific consultation agreements or protocols with Aboriginal groups and scope for any potential accommodation measures;
- Ensure that potential accommodation measures that are proposed are reviewed by and approved by senior management of the department/agency;
- Clarify potential roles and responsibilities of department/agency staff and management and put into place a records management procedure;
- Identify person/body with decision-making authority or authorities;

- Determine if there are other departments/agencies of government with potential consultation obligations with the same Aboriginal groups and establish any appropriate coordination mechanisms;
- Identify other interested departments/agencies that should be kept informed of your department/agency's consultation;
- Review the current department/agency relationships with Aboriginal people, groups and organizations and explore opportunities to build on and enhance these relationships in anticipation of consultation (e.g., see text box above on Nova Scotia consultation process);
- Consider how to best consult and communicate with Aboriginal groups, taking into account potential barriers to communication such as language and culture;
- Review options with department/agency's legal counsel to ensure departmental or agency procedures and processes are compliant with the legal duty to consult.
- Determine if Canada is in active litigation with the Aboriginal group(s) involved and, if so, DOJ counsel will assist in ensuring that the consultation approach taken does not prejudice Canada's legal positions or arguments.
- For a proposed project/activity that might have implications for Métis and Non-status Indian interests, the Office of the Federal Interlocutor for Métis and Non-status Indians (OFI) serves as a resource centre for information relating to Métis and Non-status Indian interests, and is available for specific information exchanges as follows:
  - To assist in bringing more consistency to consultation processes across the federal government with Métis or Non-status Indian groups, it is recommended that OFI be informed by departments/agencies of any decisions to consult with these Aboriginal groups.
  - OFI can provide advice on communications with Métis and Non-status Indian groups, if the department/agency decides that a consultation is warranted.

## Financial and human resources considerations

Financial and human resources need to be reviewed to determine how the consultation initiatives will be supported. For example, federal departments/agencies need to consider:

- Frequency of consultation related activities taking place both internally and with the Aboriginal groups and other third parties;
- Potential extent of legal duty and proposed consultation process to be undertaken;
- Departmental costs/expenditures related to proposed consultation process;
- Departmental authority or potential programs or initiatives available for providing funds to Aboriginal groups, where appropriate;
- Opportunities for collaboration and sharing costs of consultation with other federal departments/agencies, provincial/territorial governments and industry;
- Opportunities to foster aggregations among Aboriginal groups (if they do not already exist) to enhance efficiencies and reduce costs; and,
- Specific internal operating requirements such as,
  - capacity requirements;
  - planning and research;
  - evaluation;
  - records management;
  - communications;
  - training; and,
  - other support.

When calculating the financial and human resource requirements for consultation, federal departments/agencies should also consider the cost implications for the participation of Aboriginal groups. As a general rule, the courts have indicated that consultation must be meaningful and that the process must be reasonable. Such Aboriginal participation improves outcomes in decision-making and the courts have already looked favourably upon the government providing assistance to Aboriginal groups for their participation in the consultation process.

For example, this might include support for:

- information sharing/awareness-raising;
- participation at meetings;
- travel and accommodation;
- preparation of reports;
- training;
- communications;
- research and development; and,
- land use, traditional use or targeted resource planning.

During this planning phase, refer to Treasury Board Secretariat guidelines on expenditures as well as department/agency-specific policies, practices and guides.

## Training considerations

Training is critical to a consistent understanding of the duty to consult and its implementation. Training will:

- Increase awareness and understanding of what the legal duty to consult entails;
- Promote an understanding of the roles and responsibilities of everyone in the consultation process;
- Identify the specific implications for the department/agency;
- Inform staff of any specific expectations;
- Provide an opportunity to share experience and information on practical approaches and tools; and,
- Provide a basis for the development of common approaches, analyses and practices.

Note that the Department of Justice legal counsel is willing to participate in and contribute to these consultation training sessions.



## **Engaging Department of Justice (DOJ) counsel in the consultation process**

While DOJ is not responsible for conducting consultations, it is important to engage your DOJ counsel throughout the course of a consultation process to ensure that legal obligations to consult are recognized where they may arise and are in play and that consultation processes put in place will fulfill legal obligations. DOJ provides an important supportive role to departments/agencies on the legal aspects of consultation policy choices and approaches, especially as it relates to consistency across the federal government. In particular DOJ counsel should be involved in the following specific aspects of consultation:

- In the context of a planned government activity, legal counsel can assist in determining whether the government has a legal duty to consult, when it may be engaged and the scope or extent of that obligation. Legal counsel may also be consulted in those situations where it has already been determined for policy, relationship, or other reasons that a federal department/agency needs to consult with Aboriginal groups (this would enable an assessment to be done to ensure that a legal duty is not implied where it does not exist).
- Once a federal department/agency has determined the basic facts, advise your legal counsel on the consultation approach to help determine its reasonableness with respect to fulfilling the legal duty to consult.
- As the consultation is underway, legal counsel may be called upon to:
  - ensure that the proposed approach to the consultation – including statements of government intentions and planned undertakings – are reasonable and appropriate from a legal perspective;
  - provide a strength of claim assessment to assist in determining the degree/scope of consultation and potential accommodation that may be required;
  - discuss document disclosure and the creation of a record of the consultation process; and,
  - in the concluding stages of the consultation, discuss what documentation the department/agency should retain for the official record, including any formal decisions or commitments that may be appropriate from any or all of the parties that were involved in the process.

After the consultation has been concluded and a project has been or is being actively implemented, the effective implementation of the accommodation plan, if any, will require the federal department's/agency's review from time to time, and may require adjustment if circumstances change.

#### **Conducting consultation – checklist of ‘fundamentals’**

- Ensure adherence to the guiding principles (see Part A)
- Confirm that prescriptive, or required process decision points are followed to achieve results
- Ensure that proper documentation of the process is retained
- Incorporate measures to assess progress and to evaluate the success of the process, where appropriate (i.e., lessons learned).

# ANNEX A

## Definitions

**Aboriginal group:** A community of Indian, Inuit or Métis people that holds or may hold Aboriginal or treaty rights under section 35 of the *Constitution Act, 1982*.

**Aboriginal rights:** Practices, traditions and customs integral to the distinctive culture of the Aboriginal group claiming the right that existed prior to contact with the Europeans (*Van der Peet*). In the context of Métis groups “Aboriginal rights” means practices, traditions and customs integral to the distinctive culture of the Métis group that existed prior to effective European control, i.e., prior to the time when Europeans effectively established political and legal control in the claimed area (*Powley*). Generally, these rights are fact and site specific.

**Aboriginal title:** An Aboriginal right to the exclusive use and occupation of land. It is possible that two or more Aboriginal groups may be able to establish Aboriginal title to the same land.

**Capacity:** The ability of an individual to understand the nature and effects of their acts. In this context, it is the ability of Aboriginal groups to understand the nature of the activity/project the Crown is contemplating and how that might impact on what they may hold as rights.

**Common law:** In general, a body of law that develops through judicial decisions, as distinguished from legislative enactments, relating to the government and security of persons and property.

**Comprehensive land claim:** A comprehensive land claim is based on the assertion of continuing Aboriginal rights and claims to land that have not been dealt with by treaty or other means. Comprehensive land claim negotiations address concerns raised by Aboriginal people, governments and third parties about who has the legal right to own or use the lands and resources in areas under claim.

**Constructive knowledge:** *Black’s Law Dictionary (Eighth Edition)* states: “Knowledge that one using reasonable care or diligence should have, and therefore that is attributed by law to a given person”. Therefore, if the Crown is contemplating an activity, the Crown must inquire as to whether there are

any established or potential Aboriginal or treaty rights that may be adversely affected by this activity.

**Crown:** Refers to all government departments, ministries (both federal and provincial) and Crown agencies and includes all government employees that are doing the work of the government. The duty to consult is an administrative act and it is an obligation of the government as a whole. In *Haïda* and *Taku River*, the Supreme Court of Canada held that provincial and federal governments have a legal obligation to consult when the Crown contemplates conduct that might adversely affect established or potential Aboriginal or treaty rights.

**Crown conduct:** Means any activity, project or undertaking by the federal government in the exercise of its jurisdiction/authority. The federal government may be in charge of the project or it may be approving a project through permits and authorizations. In either context, its actions would constitute Crown conduct.

**Crown knowledge:** The Supreme Court of Canada stated that the legal duty to consult arises when the Crown contemplates conduct that might adversely affect existing or potential section 35 rights of which the Crown has “real or constructive knowledge” (see definition above). Therefore, an assessment of whether the Crown has such knowledge is part of the first step in assessing whether the legal duty to consult is triggered in a particular case. If the Crown has no such knowledge, there is no legal duty to consult.

**First Nation:** A term that came into common usage in the 1970s to replace the word “Indian” which some people found offensive. Although the term First Nation is widely used, no legal definition of it exists. Among its uses, the term “First Nations peoples” refers to the Indian peoples in Canada, both Status and non-Status. Some Indian peoples have also adopted the term “First Nation” to replace the word “band” in the name of their community.

**Inuit:** An Aboriginal people in Northern Canada, who live in Nunavut, Northwest Territories, Northern Quebec and Northern Labrador. The word means “people” in the Inuit language, Inuktitut. The singular of Inuit is Inuk.

**Meaningful consultation:** Consultation depends on the circumstances, but it must always be meaningful. At a minimum, consultation requires providing affected Aboriginal groups with timely notice of intended Crown conduct along with objective information to assist in the understanding of the proposed conduct and its associated impact on established or potential Aboriginal and treaty rights. Where the strength of the claim is strong, or the right is established, and the potential adverse impact is strong, consultations may

entail: the opportunity to make submissions; formal participation in the decision-making process; provision of written reasons to show that the Aboriginal concerns were considered; and to reveal the impact the Aboriginal group had on the decision. The *Mikisew Cree* case has confirmed that the Crown cannot satisfy its legal duty to consult by making unilateral decisions to address what it perceives to be Aboriginal concerns in the absence of consultation.

**Métis:** For purposes of section 35 rights, the term Métis refers to distinctive peoples who, in addition to their mixed Indian/Inuit and European ancestry, developed their own customs, and recognizable group identity separate from their Indian or Inuit and European forebears. A Métis community is a group of Métis with a distinctive collective identity, living together in the same geographical area and sharing a common way of life.

**Section 35 rights:** Existing Aboriginal rights, including Aboriginal title and treaty rights (section 35 of the *Constitution Act, 1982*).

**Treaty rights:** Rights that are defined by the terms of a historic treaty, rights set out in a modern land claims agreement or certain aspects of some self-government agreements. In general, treaties (historic and modern) are characterized by the intention to create obligations, the presence of mutually binding obligations and a measure of solemnity (*Simon, Sioui*). A treaty right may be an expressed term in a treaty, an implied term or reasonably incidental to the expressed treaty right. The scope of treaty rights will be determined by their wording, which must be interpreted in accordance with the principles enunciated by the Supreme Court of Canada (*Badger* 1996, *Sundown* 1999, *Marshall* 1999).

Where the parties disagree on the scope of obligations or what rights are provided for, a number of principles unique to treaty interpretation apply. For example, treaties should be liberally construed; ambiguities ought to be resolved in favour of the signatories in the context of historic treaties; the goal of treaty interpretation is to find the common intention and the result that best reconciles the interests of both parties at the time the treaty was signed; the integrity and honour of the Crown is presumed in such interpretations; the courts cannot alter the terms of the treaty and treaty rights cannot be interpreted in a rigid or static way as they must be updated to provide for modern exercise (*Marshall* 1999; 2005).

**With or Without Prejudice:** Describes communication, either written or verbal. To designate a communication as “without prejudice” is to declare that the party does not waive its right to non-disclosure of the communication. Such communications may be referred to as being “off- the-record”. This term is often used during negotiations and litigation. Should there be a request for without prejudice or off-the-record discussion, advice from legal counsel should be sought.

In the context of consultation, if agreements or protocols are being entered into for the purposes of meeting Crown obligations to consult as per the *Haida*, *Taku River*, *Mikisew Cree* or *Sparrow* cases, it is recommended that the agreement be “with prejudice”. With prejudice means that the Crown can use this documentation in court as evidence that it has fulfilled its duty to consult obligations, and that the Aboriginal group may use the documentation in relation to its legal positions. Such communications may be referred to as being “on-the-record”.

# ANNEX B

## Legal case summaries

### 1. *Duty to Consult*

#### Seminal Supreme Court of Canada cases

##### *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73

The Supreme Court of Canada dismissed the Province's appeal and allowed the appeal of Weyerhaeuser Company Ltd. The Court held that the Province has a legal duty to consult with the Haida about decisions relating to the harvest of timber from an area of the Queen Charlotte Islands over which the Haida have asserted, but have not yet proven, Aboriginal rights and title. The Court stated that good faith consultation may in turn lead to an obligation to accommodate Haida concerns in the harvesting of timber, although what accommodation if any may be required could not yet be ascertained. The Court found that the Province had failed to engage in any meaningful consultation. The Court also found that Weyerhaeuser did not owe the Haida any duty to consult or accommodate. The Court held that the duty to consult does not extend to third parties.

The Court stated that the Crown's duty to consult with Aboriginal peoples and accommodate their interests is grounded in the honour of the Crown which derives from the Crown's assertion of sovereignty in the face of prior Aboriginal occupation. The duty arises when the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence of the Aboriginal right or title and contemplates conduct that might adversely affect it. The scope of the duty is proportionate to a preliminary assessment of the strength of the case supporting the existence of the right or title, and to the seriousness of the potentially adverse effect upon the right or title claimed. As to the content of the duty, the Court said that, at all stages, good faith on both sides is required and sharp dealing is not permitted. The effect of good faith consultation may be to reveal a duty to accommodate. The Court said that this process does not give Aboriginal groups a veto over what can be done with land pending final proof of the claim; nor does it impose a duty to reach an agreement. The Court also stated that, although the Crown may delegate procedural aspects of consultation to industry proponents of a particular development, the ultimate legal responsibility for consultation and accommodation rests with the Crown. The honour of the Crown cannot be delegated.

*Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, 2004 SCC 74.

The Supreme Court of Canada, applying its analysis in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] SCC 73, released concurrently with this decision, allowed the Province's appeal and held that the process engaged in by the Province under the *Environmental Assessment Act* fulfilled the requirements of the Crown's duty to consult with the First Nation and to accommodate its concerns. At issue was whether the Crown had a duty to consult prior to approving the re-opening of a mine and the construction of an access road to the mine through territory over which the First Nation claimed, but had not yet proven, Aboriginal rights and title. In *Haida*, the Court confirmed the existence of the Crown's duty to consult Aboriginal peoples prior to proof of rights or title claims. The Court found that the Crown's duty to consult was engaged in this case because the Province was aware of the First Nation's claims through its involvement in the treaty negotiation process and knew that the decision to reopen the mine and to build the access road had the potential to adversely affect the substance of the rights and title claims.

The Court concluded that the Crown had fulfilled its duty to consult on the basis that the First Nation was part of the Project Committee, participating fully in the environmental review process; its views were put before the appropriate Ministers and; the final project approval contained measures designed to address both immediate and long-term concerns of the First Nation. The Court also stated that the Province was not under a duty to reach agreement with the First Nation and its failure to do so did not breach its duty of good faith consultations. The Court also confirmed that the honour of the Crown cannot be interpreted narrowly or technically, but must be given full effect in order to promote the process of reconciliation between the Crown and Aboriginal peoples as mandated by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

*Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69

The Supreme Court of Canada allowed the First Nation's appeal, quashed the Minister's decision to approve the construction of a winter road through Wood Buffalo National Park, Alberta, and returned the matter to the Minister for further consultation and consideration. The Court held that the Crown's duty of consultation, which the Court said flows from the honour of the Crown and its obligation to respect the existing treaty rights of Aboriginal peoples, was breached in this case because the Minister failed to adequately consult with the

First Nation in advance of the decision to build the road. The Court stated that when the Crown exercises its right under Treaty 8 to “take up” land, it is not correct to move directly to a *Sparrow* justification analysis even if the proposed measure, if implemented, would infringe a treaty right. Rather, the Court said that it must first consider the process by which the “taking up” is planned and whether it is compatible with the honour of the Crown.

The question in each case is to determine the degree to which conduct contemplated by the Crown would adversely affect the rights of the Aboriginal people so as to trigger the duty to consult. In this case, the Court found that the duty to consult was triggered because the impacts of the proposed road were clear, established, and demonstrably adverse to the continued exercise of the First Nation’s hunting and trapping rights over the lands in question. The Court found that the Crown’s duty to consult in this case lies at the lower end of the spectrum because the proposed road is fairly minor and situated on surrendered lands where the First Nation’s treaty rights are expressly subject to the “taking up” limitation in Treaty 8.

With respect to the content of the duty to consult, the Court found that the Crown was required to provide notice to the First Nation and to engage it directly. This engagement should have included the provision of information about the project, addressing what the Crown knew to be First Nation’s interests and what the Crown anticipated might be the potential adverse impact on those interests. The Crown was also required to solicit and to listen carefully to the First Nation’s concerns and to attempt to minimize adverse impacts on the First Nation’s hunting, fishing and trapping rights. Had the consultation process gone ahead, the Court confirmed that it would not have given the First Nation a veto over the alignment of the road. The Court reiterated that consultation will not always lead to accommodation and accommodation may or may not result in an agreement.

### **Interpretation and Application of Duty to Consult by Lower Courts**

Since the seminal Supreme Court decisions noted above, lower courts across Canada have been assessing and applying the duty to consult to a variety of different kinds of Crown conduct and in relation to a number of different Aboriginal and treaty rights. For a listing and greater details on these decisions contact your legal advisor.

## *2. Legal Tests for Assessing Interference with and Existence of Aboriginal and Treaty Rights*

**Interpretation of s. 35 (1): Test for Crown justification for infringement of s. 35(1) rights**

### *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075

Mr. Sparrow was prosecuted by the Attorney General of Canada under the federal *Fisheries Act* for fishing contrary to the terms of his Band's food fishing licence. The Supreme Court of Canada held that Mr. Sparrow enjoyed an Aboriginal right to fish for food which was protected by section 35 of the *Constitution Act, 1982*. According to the Court, the Crown must demonstrate a "clear and plain" intention to extinguish Aboriginal rights. In this case, the test had not been met by the Crown's evidence.

The Court also found that there is a fiduciary relationship between the Crown and Aboriginal peoples based on the need for the Crown to act honourably. Therefore, section 35 must be interpreted in a manner consistent with this relationship. The Court placed a high burden on the Crown to justify any infringement with the enjoyment of Aboriginal rights protected by s. 35.

See also *R. v. Badger* wherein the Court held that the justification test developed in *R. v. Sparrow* applied to Treaty rights.

### **Test for Aboriginal Title**

#### *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010

This action involved a claim by the Gitskan and Wet'suwet'en hereditary Chiefs for Aboriginal title and an inherent right to self-government over 22,000 square miles of British Columbia. The Supreme Court of Canada ruled that, due to evidentiary problems with the case, a new trial is required to determine whether the plaintiffs enjoy the claimed Aboriginal title and self-government rights. While not providing any guidance on the issue of rights of self-government, the Court made general pronouncements on the scope and content of Aboriginal title. In essence, if an Aboriginal group can establish that, at time of sovereignty, it exclusively occupied a territory to which a substantial connection has been maintained, then it has the communal right to exclusive use and occupation of such lands. The Aboriginal group can use the lands for far ranging purposes including economic exploitation. The only limitations are that the lands can not be disposed of without surrender to the Crown nor can they be used in such a fashion that would destroy the Aboriginal group's special bond with the land.

The Court also ruled that both the federal and provincial Crown can justifiably interfere with an Aboriginal group's Aboriginal title. The Court rejected the province's counterclaim regarding provincial power to extinguish Aboriginal rights in finding that, since Confederation, only the federal Crown has such a power.

### Tests for Aboriginal Rights

*R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *R. v. NTC Smokehouse Ltd*, [1996] 2 S.C.R. 672

These cases involve the question of whether section 35 of the *Constitution Act, 1982* includes, as an Aboriginal right, a right to fish commercially. In the *R v. Van der Peet* case, the Court outlined the test for identifying Aboriginal rights protected under section 35. Essentially, an Aboriginal group must establish that, at time of contact with Europeans, the particular activity claimed as an Aboriginal right was a practice, tradition or custom that was integral to the society's distinctive culture.

Applying the above test to the facts of the cases, the Court ruled that the accused in *R v. Gladstone* had established an Aboriginal commercial fishing right. However, the Court also indicated that, in the context of Aboriginal commercial fishing rights, there are no internal limitations to the right. As such, the *R v. Sparrow* justification test had to be refined for Aboriginal commercial fishing rights. Other considerations, apart from conservation goals, are to be taken into account in determining whether governmental restrictions were justified. Objectives such as the pursuit of economic and regional fairness, as well as, the historic non-native participation in the fishery are relevant objectives in the context of the justification analysis. Aboriginal rights have to be given priority but they also have to be reconciled with other rights and interests. The case was remitted for trial on the question of whether the regulation of the accused's Aboriginal commercial fishing rights could be justified.

### *R v. Powley*, 2003 SCC 43

The accused were charged with unlawfully hunting moose and possessing game contrary to ss. 46 and 47(1) of the *Ontario Game and Fish Act*. The central issue was whether two individuals from the Sault Ste. Marie area, who self-identify as Métis, can establish Métis Aboriginal rights to hunt that are protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The Supreme Court of Canada held that the impugned legislation was of no force or effect with respect to the accused on the basis that, as members of the Métis community in and around Sault Ste. Marie, the accused have an Aboriginal right to hunt for food under s. 35(1).

The Court concluded that the lack of recognition of any Métis right to hunt for food in the legislation infringed the Métis Aboriginal right and conservation concerns did not justify the infringement. The Court held that, to support a site-specific Aboriginal rights claim, the claimant must demonstrate membership in an identifiable Métis community with some degree of continuity and stability as established through evidence of shared customs, traditions and collective identity, as well as demographic evidence.

The Court modified the pre-contact aspect of the *R. v. Van der Peet* test to reflect the distinctive history and post-contact ethnogenesis of the Métis. The test for Métis rights should focus on identifying those practices, customs and traditions that are integral to the Métis community's distinctive existence and relationship to the land after a particular Métis community arose but before it came under the effective control of European laws and customs. The Court found that the term "Métis" in s. 35 does not encompass all individuals with mixed Indian and European heritage; rather, it refers to distinctive peoples who, in addition to their mixed ancestry, developed their own customs, and recognizable group identity separate from their Indian or Inuit and European forebears. While not setting down a comprehensive definition of who is a Métis for the purpose of asserting a claim under s. 35, of the ***Constitution Act, 1982***, the Court cited three broad factors as indicia of Métis identity: self-identification, ancestral connection and community acceptance.

## PART C

# ABORIGINAL CONSULTATION AND ACCOMMODATION

Interim Guidelines  
to Fulfill the Legal Duty to Consult

INFORMATION FOR PRACTITIONERS



# INFORMATION FOR PRACTITIONERS

Part C contains recommended steps for Crown consultation that may apply when the federal government decides to implement a consultation process pursuant to the legal duty to consult. Specifically, the courts have held that when the Crown (federal, provincial or territorial) contemplates conduct that may adversely affect established or potential Aboriginal and treaty rights for which it has real or constructive knowledge, it has a legal duty to consult with the rights holders.

The kinds of Crown activities that may attract the legal duty to consult vary. The steps, tips and relevant factors outlined below are provided with a variety of kinds of government conduct in mind. Such conduct may involve a government initiative by a federal department/agency (i.e. management and disposal of Crown lands, a construction project, change in use of lands, etc.) or it may involve government approvals/authorizations for an activity proposed by a third party (issuance of licenses, permits, authorizations for the use of lands or resources). The approach to consultation developed for each context will necessarily vary. This same basic approach may also be appropriate for consultation on a policy or good governance basis.

## THE CROWN CONSULTATION PROCESS

### Introduction

Depending on the circumstances, a consultation process with Aboriginal groups may involve up to four phases:

- (a) Pre-consultation analysis and planning
- (b) Consultation process
- (c) Accommodation
- (d) Implementation, monitoring and follow-up

The following sections will discuss each phase of the consultation process and provide guidance on the steps to consider in each phase. Where there is more than one federal department/agency or other government(s) involved, the steps should be done collaboratively for greater efficiency.

## **Phase 1: Pre-Consultation Analysis and Planning**

1. Describe and “map out” the intended project or activity
2. Conduct background research on Aboriginal groups in the area and their rights, established and potential; and identify potential adverse impacts of the proposed project/activity
3. Undertake initial assessment and analysis, including strength of claim assessment
4. Determine potential severity of the adverse impacts of proposed project/activity on potential or established s. 35 rights
5. If a legal duty appears to exist, establish content of duty (initial form and content of a consultation process)

## **Phase 2: Crown Consultation**

1. Implement the consultation process

## **Phase 3: Accommodation**

1. Collect background information supporting the basis for accommodation
2. Review and determine accommodation option(s)
3. Determine the selected accommodation option(s)
4. Document and communicate the decision(s)

## **Phase 4: Implementation, Monitoring and Follow-Up**

1. Implement the decision(s)
2. Monitor
3. Follow-up

## **Phase 1: Pre-Consultation Analysis and Planning**

In order to determine whether there is a legal duty to consult, the scope and content of that duty, and how to design the consultation process, the department/agency needs to assemble facts and information as early as possible to enable an initial assessment and analysis to be done of the established or potential section 35 rights and the potential adverse impacts of the proposed project/activity. This includes information on:

- proposed project/activity;

- general and specific information on the Aboriginal groups that reside in the area;
- current and past uses of the area;
- indicators of established or potential Aboriginal and treaty rights;
- indicators of pre-1982 extinguishment of rights or no continuity of use;
- any interests or concerns that may relate to the proposed project/activity; and,
- any information relating to potential adverse impacts on established or potential Aboriginal and treaty rights as a result of the various implementation options.

After assembling these facts, work with DOJ counsel to undertake an initial assessment of the established or potential section 35 rights and the potential adverse impacts that the proposed project/activity may have on those rights to determine if there is a legal obligation to consult. If it is determined that there is a legal duty to consult, DOJ can assist in the determination of the scope (degree) of the duty. Specific aspects of this approach are described in detail below.

### **Step 1: Describe intended project/activity**

The first step involves describing the project/activity contemplated and determining who within the Crown is responsible for carrying it out or its authorization. It may assist to actually “map out” the federal departments/agencies that may be involved, what decisions they are responsible for and any timelines that apply.

Questions for consideration include:

- ✓ What is the nature of the proposed project/activity?
- ✓ What is the purpose of the project/activity?
- ✓ What is entailed in developing the project/activity?
- ✓ Which department, agency, Crown Corporation, Authority, Board, Review Panel or other federal body is responsible for carrying out the particular project/activity or its authorization?
- ✓ Is there more than one federal body involved?
- ✓ Are there corporations/ provincial or territorial governments/ third parties that might also be involved?
- ✓ Are there any specific statutes, regulations, agreements or protocols that refer to the matter of Aboriginal consultation?

- ✓ What is the mandate or scope of authority of those involved in the project/activity or its authorization and are there others that ought to be involved?
- ✓ What type of decision(s) must be made in relation to the project/activity?
- ✓ What is the location or geographic application of the project/activity?
- ✓ What is the potential impact of the project/activity on the land or natural resources (where applicable)? Have any assessments of such been made to date?
- ✓ Have any options/alternatives within the proposed project/activity been identified?

**Step 2: Conduct background research on Aboriginal groups in the area and assess what established or potential section 35 rights may exist and identify potential adverse impacts**

Federal departments/agencies must gather sufficient information to make a preliminary assessment of what potential or established section 35 rights are in question (i.e. hunting, fishing, self-government rights, cultural rights etc.), whether there is a credible basis for such claims and whether there are potential adverse impacts that the project/activity may have on such rights. This will allow them, in consultation with DOJ, to make an initial assessment (see step 3) of whether there is a legal duty to consult.

Some questions to consider when preparing and gathering this information are:

**(1) Identify specific information on Aboriginal groups and any established or potential Aboriginal and treaty rights that may be affected by the proposed project/activity**

- ✓ What Aboriginal communities could be affected by the proposed project/activity?
- ✓ What real or “constructive” knowledge is there of potential or established rights and which communities assert or hold such rights?
- ✓ Potential sources of information:
  - 1) Internal government data bases of sources<sup>8</sup> (i.e. historic or modern treaties; correspondence to government officials; specific claims files; comprehensive land claims processes; British Columbia Treaty Commission; claims being addressed in litigation; Métis and Non-status Indian interests – Office of the Federal Inerlocutor; knowledge held by officials in other departments/

agencies involved in the enforcement of regulation of land and resource uses – Fisheries and Oceans Canada, Parks Canada, Environment Canada, Natural Resources Canada, National Defence, etc.).

- 2) Public information – claims made in any court, information on publicly accessible web sites, public statements, etc.)

- ✓ What are the bases of those established or potential rights?
- ✓ Are the rights premised on historic or modern treaty rights or Aboriginal rights and/or title?
- ✓ Is there more than one Aboriginal group claiming rights (i.e. overlapping claims)? If so, what rights are claimed for which areas?
- ✓ What known “other” consultation processes involving Aboriginal groups are already in place to deal with the proposed project/activity (i.e., environmental, regulatory, public forums, etc.)?
- ✓ Have Aboriginal groups in the area raised concerns about this proposed project/activity or similar activities (past or present)?
- ✓ Are there any traditional territories affected by the proposed project/activity?
- ✓ Are there any burial grounds, traditional territories or reserves in the area where rights are claimed?
- ✓ Is there any factual basis for potential extinguishment arguments (treaties, legislation, and incompatible usage by the Crown etc.)?

As mentioned in Part A, for maps or further sources of information on Treaties and comprehensive land claims, go to [http://cccm.nrcan.gc.ca/english/comprehensive\\_claims\\_e.asp](http://cccm.nrcan.gc.ca/english/comprehensive_claims_e.asp) which are also available at the Canada Map Office, Natural Resources Canada.

The INAC website ([http://www.aboriginalcanada.gc.ca/acp/community/site.nsf/index\\_en.html](http://www.aboriginalcanada.gc.ca/acp/community/site.nsf/index_en.html)) also contains a database of all Aboriginal communities within Canada, including their up to date contact information.

***(2) Identify potential adverse impacts on established or potential Aboriginal and treaty rights for each of the implementation options.***

- ✓ What are the potential adverse impacts of the proposed project/activity on the established or potential Aboriginal and treaty rights (i.e. hunting, fishing, trapping, and gathering)?

- ✓ Due to the proximity of the proposed project/activity, what is the potential adverse impact on areas to which an Aboriginal group claims Aboriginal or treaty rights or an interest under a comprehensive claim, specific claim or the British Columbia Treaty Commission process?

(NOTE: For a proposed project/activity located on-reserve, or affecting a reserve, the Crown obligation extends beyond the duty to consult and it is recommended that legal counsel be consulted.)

- ✓ What is the potential adverse impact of the proposed project/activity with respect to archaeological sites, Aboriginal burial grounds, or other areas of Aboriginal interest where there is a credible claim to a section 35 right?
- ✓ Is there concern regarding the cumulative effects of this project or activity in combination with others in the same or surrounding area?
- ✓ Do one or more Aboriginal groups appear to have maintained long-term occupancy of an area or continual use of a rights-based nature that may be potentially affected by the proposed project/activity?
- ✓ Is the project/activity in a rural or urban setting and is the use changing or altering the current status quo of the land use?

### **Step 3: Undertake initial assessment and analysis, including strength of claim assessment.**

Next, an initial assessment and analysis of the research collected in Steps 1 and 2 need to be undertaken. This step will help to determine whether or not there is a legal duty to consult

The initial legal assessment requires consideration of the following three factors:

- (1) If there is a proposed Crown project/activity;
- (2) If there are established or potential section 35 rights held by Aboriginal groups in the area (strength of claim assessment); and,
- (3) If the proposed Crown project/activity or implementation options could result in potential adverse impacts on those section 35 rights.

For a duty to consult to exist, all three factors must be present.

$$\text{ACTIVITY / PROJECT} + \text{ESTABLISHED OR POTENTIAL SECTION 35 RIGHT} + \text{POTENTIAL ADVERSE IMPACT ON RIGHT} = \text{LEGAL OBLIGATION TO CONSULT}$$



DOJ's advice should be sought in carrying out this initial assessment. Once this assessment is complete, federal departments/agencies should be in a position to make an initial determination on which of the following three options regarding the legal duty to consult applies (*Note* – for reasons of good governance, your department/agency may decide to consult regardless of whether there is a legal duty, and this should be expressed to those Aboriginal groups being consulted).

#### *(i) No Legal Duty to Consult*

If initial legal analysis indicates that there is no credible evidence to support a potential section 35 right (i.e., does not meet the test for Aboriginal rights; the claim has no linkage to established or potential Aboriginal or treaty rights; the facts illustrate that rights were extinguished prior to 1982; or there is no continuity of use), then there is no legal duty to consult.

If analysis indicates the proposed project/activity would be implemented in a way that will not adversely affect established or potential Aboriginal and treaty rights or if there will be no potential adverse impacts from the project/activity on such rights, then it could be determined by the Crown that there is no legal duty to consult. If the evidence in support of the claims or the nature of the proposed activity changes, then the position regarding the legal duty to consult should be revisited. It should be noted however, that the department/agency may still wish to carry out a consultation process for the proposed project/activity for good governance or policy purposes.

The federal Minister of Indian and Northern Affairs launched a consultation process in partnership with the Native Women's Association of Canada and the Assembly of First Nations in 2006 to develop options for a legislative solution to matrimonial real property issues on reserves. These consultations were conducted to complement good governance and contribute to sound legislative and policy development, even though initial assessment did not lead to a conclusion that there was a legal duty.

#### *(ii) Uncertainty about the Legal Duty*

Should uncertainty remain on whether a legal duty to consult exists, the legal risks and other relevant policy considerations need to be considered. From a legal perspective, precaution may be warranted as there is a low threshold for credibility of the claim and degree of impacts to trigger the legal duty to consult and the Courts have suggested that difficulties associated with proof and definition of claims be addressed through the degree of consultation, not denying a legal duty to consult.

To resolve such uncertainty it may be helpful to look to the knowledge and experience of other federal departments/agencies and other governments

involved with similar activities and locations. It may also be appropriate to approach the Aboriginal groups to clarify the basis of their claim or the basis of their representation of a particular group.

Using the additional information, a determination could be made as to whether or not there is a legal duty to consult (this determination would be based on whether or not activities will affect established or potential Aboriginal and treaty rights and if there will or will not be potential adverse impacts from the activity).

### *(iii) A Legal Duty Exists*

If analysis indicates the proposed activities may adversely affect established or potential Aboriginal and treaty rights, there will be a legal duty to consult. As noted above, it will be necessary to ascertain who is going to engage in the consultations, who has the authority to speak on behalf of Canada and potentially sign agreements or protocols used, if required, and assess what if any mandate requirements may be necessary.

## **Step 4: Determine potential severity of adverse impacts on established or potential section 35 rights**

Typically the scope/extent of the duty will be proportionate to an assessment of the strength of the claim and the seriousness of the potential adverse impact of the proposed activity on the established or potential right. If there is a legal duty to consult, DOJ can assist in assessing the strength of the claim (see Figure 1). Information held by other departments/agencies may also be useful in this determination.

It is important to note that Crown consultation is not intended to be the means to prove potential rights. Experience has demonstrated that it takes years to describe and confirm Aboriginal rights. The implementation of the proposed activities are generally on much shorter time frames (sometimes legislated), therefore, it is important to work with initial assessments of those rights and potential adverse impacts.

**Figure 1**

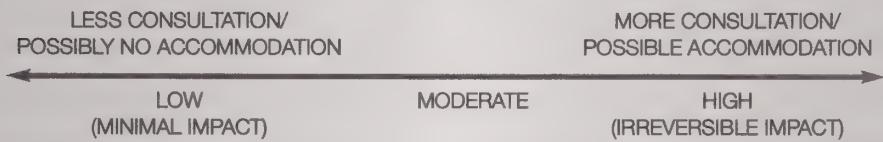
### **Strength of the Claim**



Determine the level of seriousness of the potential adverse impact on the right(s), as depicted in Figure 2 below, keeping in mind that re-assessment may be required as the consultation process proceeds and new information comes to light.

**Figure 2**

### Seriousness of Adverse Impact



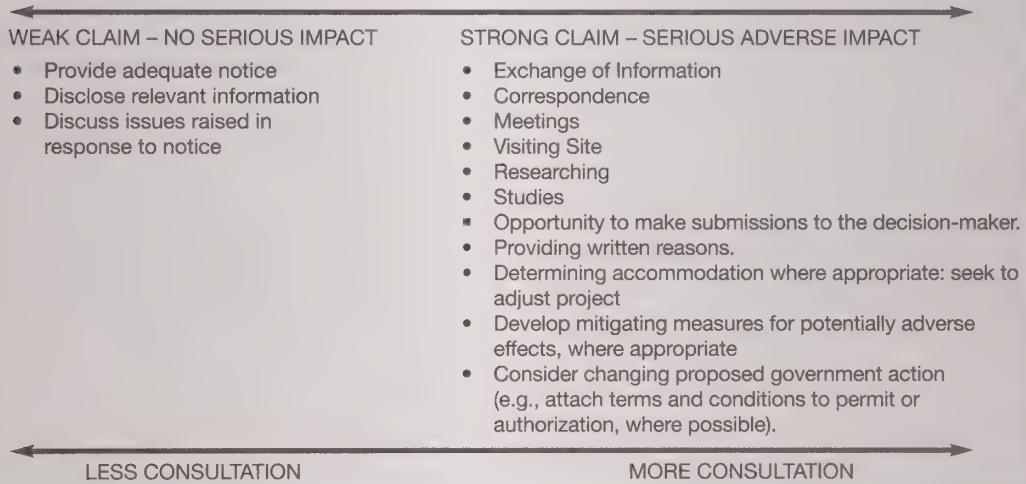
After an analysis of the strength of claim and the above analysis of impacts, the appropriate response on the extent of the consultation may be determined. It will vary as illustrated by examples in Figure 3.

Federal departments and agencies may wish to consider the Treasury Board of Canada Secretariat (TBS) Risk Scorecard Toolkit as a model for risk assessment. The following link provides information on the Toolkit:

[http://www.tbs-sct.gc.ca/ia-vi/policies-politiques/rbaf-cvar/guide12\\_e.asp](http://www.tbs-sct.gc.ca/ia-vi/policies-politiques/rbaf-cvar/guide12_e.asp)

**Figure 3**

### Consultation Spectrum



Although each department/agency involved in the project/activity has responsibility for conducting its own initial assessment and analysis of the existence of the legal duty to consult and the scope/extent of the consultation process required that would fall within each department/agency's mandate, it is essential that communication, cooperation and coordination among all federal entities involved, occur to the greatest extent possible.

## **Step 5: If a legal duty exists, establish its content (initial form and content of consultation process)**

It may not be possible to determine the exact form and content of the consultation from the outset due to insufficient information. As the consultation process is underway, its appropriate form and content may change to more accurately reflect the strength and nature of the claim and seriousness of the potential adverse effect on the right(s).

In determining the form and content of the Crown consultation process, the following elements are important:

- ✓ Establish goals and objectives for the consultation process.
- ✓ Determine (if not yet done) if there are other departments/agencies with potential consultation obligations in relation to the Aboriginal group(s) and establish any coordination mechanisms that may assist (e.g., environmental assessment process).
  - Federal departments/agencies should consider conferring with other departments/ agencies and/or governments to canvas opportunities to collaborate and to identify existing processes and relationships that can assist to meet the legal duty to consult, and can be complemented by other consultation activities.
- ✓ Determine whether an existing consultation process is in place, and whether it could meet the requirements for a Crown consultation process.
  - The Courts have indicated that where the duty to consult lies at the lower end of the spectrum, participation of the Aboriginal group in a multilateral or public consultation process may be sufficient. Where the duty lies at the high end of the spectrum, a separate bilateral consultation between the Crown and the Aboriginal group may be required.
  - The Courts have not required a separate process for Crown consultation where the process that is in place can adequately address the established or potential section 35 rights (e.g., *Taku River* – B.C.’s ***Environmental Assessment Act*** process as implemented was sufficient. In contrast, in the *Mikisew Cree* case, while the statutory requirements of the Acts at issue were all met, inclusion in the public process was not sufficient).
- ✓ Determine which Crown departments/agencies will speak on behalf of the government for purposes of the consultation process. Seek legal advice to determine the scope of mandates and whether there is a need to inform and

involve other federal entities and whether any additional mandates may be required to meet the duty.

- The Crown is considered to be the whole government, but each federal department/agency is responsible to carry out consultation triggered by the legal duty to consult.
  - Mandates and legislation of each federal department/agency should be reviewed to see what, if any, limitations exist that would confine consultation efforts or the ability to respond to accommodation issues.
- ✓ Determine the content (i.e., the “What”) of the consultation and take steps to make certain that the focus of discussions is on how to substantively address concerns, minimize adverse impacts, and effectively respond to concerns regarding the particular Crown conduct and its adverse impacts on the established or potential section 35 rights.
- ✓ Consider the involvement of provincial or territorial governments or private industry in the Crown consultation process or vice versa. Can participation in third party or provincially run consultation processes inform or satisfy some or all of the federal needs?
- ✓ Further clarify “Who” to consult, mindful of the following:
- The Crown must consult directly with the section 35 rights holders or the representatives of those rights holders.
  - The Crown should remember that political organizations are not necessarily the rights holders although they may be authorized to speak on behalf of them. The role of such organizations may be unique when dealing with Métis claimant groups. There may also be good policy reasons to consider including political organizations in consultation plans as they may be able to provide information as to who may represent the particular group of rights holders that may be adversely impacted.
  - If it is difficult to ascertain appropriate spokespeople, or if there appears to be factions in the groups consulted, seek legal advice on the identity of the proper representatives, and whether any special measures are necessary such as obtaining releases from those consulted.
  - If the project is going to be carried out on, or may have effects on a reserve, consult with the Band for whose benefit it has been set aside.
  - Be aware that more than one Aboriginal group may have a legitimate interest in the affected lands by virtue of a claim to unextinguished



Aboriginal title or usage rights. Such overlaps must be assessed accordingly.

- ✓ Contact Aboriginal groups (when feasible) to help determine effective methods and timing for consultation.
- ✓ Consider whether there is a need or desire for a consultation agreement or protocol. Such agreements are becoming increasingly common in different regions of the country and although such a commitment would take more time and effort, they could have value by ensuring that all the parties understand the proposed consultation process. DOJ counsel is prepared to assist in this regard.
- ✓ Identify potential challenges to the Crown consultation process (language, geography, cultural practices, seasonal activities, current litigation).
- ✓ Create a budget and timeframes for consultation activities.
- ✓ Identify indicators for an evaluation process should one be undertaken.

## Phase 2: Crown Consultation

### Implement the consultation process

Federal departments/agencies should keep in mind the following considerations when implementing a consultation process depending on what has been determined in Step 5 in the “Pre-Consultation and Analysis and Planning” phase:

- ✓ Initiate the consultation process as early as possible after determining consultation will be required.
- ✓ Clearly identify who has the authority to consult on behalf of Canada in the particular context – which departments/agencies have the mandates and the ability to sign any agreements or protocols reached on behalf of Canada. It may be appropriate to designate one representative where a number of government departments or agencies are involved (DOJ counsel is not responsible for and generally not required for the consultation process itself, but rather may provide support and advice.)
- ✓ Integrate, to the maximum extent possible, the Crown consultation with the Aboriginal group(s) with an existing regulatory process for the project/activity (e.g., environmental assessment process), if the regulatory process proceeds at the same time. Need to communicate this to the Aboriginal group(s) in

question, so they know that it is the Crown's expectation that an existing process will form part of the consultation process/record.

- ✓ Notify the Aboriginal group(s) of the proposed activity; provide a government contact for any questions or concerns; and offer to meet to discuss the matter further (via public or specific process as may be determined appropriate in the context).
- ✓ If necessary, request detailed information from the Aboriginal group(s) about the nature of the established or potential right and the geographic location where it is exercised
- ✓ Seek confirmation about who speaks for the Aboriginal group(s) that claim(s) to hold section 35 rights, and identify any overlaps to such claims.
- ✓ Provide the potentially affected Aboriginal group(s) with clear, relevant information in a timely manner.
- ✓ Provide information about the proposed project/activity, and address what the Crown knows of the Aboriginal interests and what the Crown anticipates may be the potential adverse impact on those interests.
- ✓ Where the project/activity is to be designed and carried out by a third party, consider whether their experts would assist in outlining the technical and particular aspects of the project/activity and assist in facilitating such meetings.
- ✓ Consult with DOJ counsel about the documents you plan to disclose, to prevent inadvertently waiving any privilege or disclosing a Cabinet confidence.
- ✓ Provide the Aboriginal group(s) with enough time to assess the adverse impacts of the proposed project/activity, to prepare its views on the matter, and to present its concerns. Notably, ask whether those consulted were provided with sufficient information concerning the proposed project/activity so as to enable them to provide meaningful input.
- ✓ Engage the potentially affected Aboriginal group(s) regarding the proposed project/activity so that they have an opportunity to articulate concerns regarding its effects (i.e., schedule follow-up meetings to discuss concerns, as required).
- ✓ Consider the concerns of the affected Aboriginal group(s) and respond in a timely fashion to concerns that have been identified throughout the consultation process. Communicate the Crown's decision to the potentially affected Aboriginal group(s) to demonstrate and document which of the

Aboriginal group(s) concerns were addressed, how they were addressed as well as which concerns were not addressed, and the reasons.

- ✓ Depending on the nature of the concerns ensure that the third party (i.e., proponent) is involved as it is better able to consider and outline possible measures to prevent or diminish any potential adverse impact of certain kinds of projects (e.g., placement of docks, pipelines, electrical generators, etc.).
- ✓ Ensure that throughout the consultation process, information is shared with other government departments/agencies and their legal counsel who are either directly or indirectly involved.

Federal departments/agencies should approach Aboriginal consultation with awareness that they may be required to demonstrate the completeness and integrity of the process at a later date. To this end, they should keep detailed records documenting each step in the process. Examples of the activities to be recorded are:

- ✓ Government or non-governmental sources regarding the identity of Aboriginal group(s) who might be affected by the proposed project/activity.
- ✓ Each contact made with Aboriginal group(s).
- ✓ Information shared with Aboriginal group(s) regarding the proposed project/activity and any feedback.
- ✓ Each meeting with Aboriginal group(s) to discuss the proposed project/activity and any feedback from the meeting.
- ✓ Response to any information requests made by Aboriginal group(s).
- ✓ Legal advice sought at any point during the consultation process.
- ✓ Summaries of Aboriginal concerns conveyed to government decision makers where appropriate.
- ✓ Decisions by government decision makers and implementation instructions.

It is recommended practice for federal departments/agencies to maintain detailed records which contain the following information:

- ✓ Who created the record;
- ✓ Where and when the record was made;
- ✓ Who performed the activity recorded;

- ✓ Date and place of each activity; and,
- ✓ Copies of all relevant correspondence that relate to the record (including notes of meetings, conversations, e-mail messages and telephone calls).

### *Dispute Resolution*

Except for those contexts that involve Aboriginal lands over which title has been established, the legal duty to consult does not include a requirement to agree on a resolution to the issues raised during the consultation process. Nevertheless, there may be benefit in considering various means to overcome disagreements, such as dispute resolution mechanisms, as they may assist in minimizing conflict and providing less litigious means in dealing with disagreements in the course of consultation or in the implementation of accommodation measures.

In order to research the contents of dispute resolution mechanisms, go to the following website which contains a listing of all dispute resolution mechanisms described in Treaties and final agreements: [http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/index\\_e.html](http://www.ainc-inac.gc.ca/pr/agr/index_e.html)

This is only to be used as a guide when you are consulting with Aboriginal group(s) having existing agreements with the Crown, or as a guide to the types of clauses or approaches to a dispute resolution process to be included in a consultation protocol or agreement.

## **Phase 3: Accommodation**

In summary, at this point in the consultation process, it will have been determined that:

- ✓ There is a federal project/activity.
- ✓ The project/activity touches upon established or potential Aboriginal and treaty rights.
- ✓ The strength of the established or potential rights will have been assessed.
- ✓ The project/activity will have a potential adverse impact on the rights.
- ✓ The nature and scope of the adverse impact will have been identified.

While the term “accommodation” may appear to be new, federal departments/agencies will undoubtedly be able to point to a number of situations where some form of accommodation has been implemented. Consultation may uncover issues or concerns about the activity that the Crown should attempt to accommodate. Whether accommodation is necessary and what form it will take is dependent on the findings of the consultation process. Accommodation may take the form of a minor or major change to the project plan; it may involve land transactions or exchanges; it could extend to compensation packages or impact-benefit agreements with Aboriginal group(s).

Accommodation may be required where there is a strong claim to a section 35 right and a potentially significant adverse impact on the claimed right. The courts have said that consultation would be meaningless if it excluded from the outset any form of accommodation.

Where accommodation is required, responsible departments/agencies should work with the Aboriginal group and attempt to identify solutions that balance the interests of the particular Aboriginal group with the societal interests of all Canadians that the Crown is obligated to uphold. Where accommodation measures may be made between an Aboriginal group and a third party proponent, the Crown will need to determine if it wishes to be involved in that arrangement, what role it may have and if it can require that such be made “with prejudice” such that the Crown may be able to rely on it if necessary (e.g., Income Benefits Agreements, Forest Range Agreements in British Columbia), should there be a future Court challenge as to the adequacy of Crown consultation.

The Courts have emphasized the need for flexibility and responsiveness; an ability and willingness to adjust the activity in question; to provide options for addressing the interests and concerns raised in the course of consultations; and to do so in good faith. In the end, the Crown must demonstrate that as a whole, it did what it could to reconcile Aboriginal concerns with other societal interests and that the consultation process it implemented was reasonable. This may require direct accommodation measures by the Crown if it is the proponent or the placement of terms or conditions on approvals or authorizations granted to third party proponents.

While there is no duty to agree, that is, the process does not give Aboriginal groups a veto, good faith and reasonable efforts by the parties to understand concerns and seek solutions are required.

When managing accommodation, the following key factors should be considered when establishing an internal process to address accommodation matters:

- ✓ An understanding of the mandates of participating federal departments/agencies in order to understand the contribution that the federal departments/agencies can make in the accommodation.
- ✓ Determining whether additional departments/agencies need to be engaged in the process or if additional mandates need to be sought:
  - Limits based on particular mandates of departments/agencies or other federal bodies will not limit the nature, scope or content of the consultation duty or accommodation that may be appropriate in the context.
- ✓ An understanding of the decision-making process within the federal department or agency.
- ✓ The need for coordination among departments/agencies.
- ✓ The need for communication that is clear and inclusive of all federal entities where there is more than one federal department/agency involved.
- ✓ The need for documentation of the decision-making process and decisions taken on outstanding concerns, and societal interests.

The following section of the document will outline four steps to follow, along with the key factors mentioned above, for managing accommodation. Note that this section of these Interim Guidelines will be informed by future policy direction and practical experience in dealing with accommodation.

### **Step 1: Collect background information supporting the basis for accommodation**

Federal departments and agencies might consider assembling the following facts to support an approach to accommodation (much of this information should have already been established in the “Pre-consultation Analysis and Planning” phase):

- ✓ The status of the established or potential Aboriginal and treaty rights.
  - An “established” right or title may suggest a requirement for consent from the Aboriginal group(s). As this is not always the case, it is important to consult legal counsel when making the assessment.

- ✓ The strength of the claim as determined by DOJ legal counsel (see Step 4 in the “Pre-Consultation Analysis and Planning” phase) as such has been identified by the Courts as a basis for determining how deep consultation efforts must be and whether accommodation measures are necessary.
- ✓ The degree of adverse impact on the established or potential Aboriginal and treaty rights (as established in the Pre-consultation Analysis Planning phase and outlined in Figures 2 and 3).
- ✓ The concerns identified by the Aboriginal group(s) regarding the adverse impacts.
- ✓ The broader societal interests and valid Crown objectives as identified by the federal departments/agencies.
- ✓ The range of possible measures or solutions to address adverse impacts determined in conjunction with all parties (including the provinces, territories and third party proponents as appropriate).

## **Step 2: Review and determine accommodation option(s)**

After determining that accommodation is appropriate in the circumstances, the next step in managing accommodation involves first, assessing the range of measures, and next, determining the accommodation options for implementation. An assessment at this stage is an internal process and should involve DOJ, keeping in mind consultations and concerns raised by the Aboriginal groups. The assessment to determine accommodation options could take into account:

- ✓ The balance between other societal interests and the reasonableness of the solution using the facts collected from Step 1 above.
- ✓ The possible changes to the design or approach to a proposed project/activity (e.g., changes to the specifications of a project) and the steps required to make the changes.
- ✓ The role of third parties in addressing adverse affects to established or potential Aboriginal and treaty rights. Requirements for such adjustments and potential demands for compensation for such by proponents.
- ✓ The financial requirements for the accommodation options.
- ✓ The identification of current or new authorities required to implement the accommodation measures:
  - What are the federal department/agency mandates with respect to the accommodation options?

- What could other departments/agencies offer under their current mandate (i.e. Human Resources and Social Development Canada – job training; Fisheries and Oceans Canada – alternative fishing opportunities; purchase of other lands; etc.)? Such measures may meet the concerns and interests without requiring new resources.
  - What financial authorities do the federal departments/agencies have available to support the accommodation options?
  - What other federal/provincial/territorial departments have authorities (mandate and/ or financial) that would support the accommodation options?
  - What new mandates are required?
- ✓ The need for collaboration within the Crown for accommodating and reconciling different federal interests and for reaching a resolution of competing or incompatible interests using existing interdepartmental processes is crucial to establishing a consistent Crown position and representation.

This assessment process would outline the Crown position on accommodation options for discussion with Aboriginal rights holders. It is essential that federal departments and agencies have the appropriate internal approvals and that potential accommodation measures proposed are reviewed by and approved by senior management of the department/agency.

### **Step 3: Determine the selected accommodation option(s):**

The legal duty to consult does not include a duty to agree on a resolution to the issues raised during consultations. The Crown must determine the preferred accommodation option(s); this phase of the process may include discussions or negotiation with Aboriginal group(s).

### **Step 4: Document and communicate the decision(s)**

It is important to document and communicate directly (in writing) to all parties the terms of the accommodation whether or not it is mutually agreed upon and document any outstanding issues.

The following could be described in the documentation when clarifying the content of the decision:

- ✓ Consultation process used to arrive at the decision to demonstrate that a meaningful process was employed and the Crown was reasonable and acted in good faith.
- ✓ Accommodation measures considered, offered and accepted.
- ✓ Aboriginal rights holders to which the measures apply.
- ✓ Roles and responsibilities of all parties involved (e.g., Crown, Aboriginal rights holders, third parties).
- ✓ Approach for addressing the concerns.
- ✓ Outstanding issues and why they were not addressed.
- ✓ Rationale (if appropriate) for proceeding with the proposed activity.

It is essential to communicate the understanding of the accommodation to all parties. Such communication should be coordinated if more than one federal department/agency and/or government is involved. It is also recommended that the department/agency maintain a roster or inventory of the various accommodation measures adopted for projects/activities.

## Phase 4: Implementation, Monitoring and Follow-Up

The success of the consultation and, where appropriate, accommodation will be realized in this phase, which involves the design of how the decisions will be implemented; what is necessary to ensure that the plan has been followed or what issues might have arisen in the implementation; and the follow-up on the lessons learned from the process.

### Step 1: Implement the decision

Federal departments/agencies may want to consider the development of an implementation plan that is:

- ✓ based on the approved decision;
- ✓ constructed in conjunction with the Aboriginal group(s) and other parties; and,
- ✓ includes monitoring.

## **Step 2: Monitoring**

Monitor the fulfilment of commitments made to the Aboriginal rights holders. Do this by ensuring the Crown is coordinated in fulfilling any commitments. This could be accomplished by establishing a means to track activities and report on them. Consideration could be given to:

- ✓ using existing tracking and reporting processes that may already be in place; and,
- ✓ identifying the federal responsibility centre for the reporting and tracking process if more than one department/agency or level of government is involved.

Further, engage in on-going communication with Aboriginal rights holders as necessary when implementing the decision.

## **Step 3: Follow-up**

Following the implementation of the decision, federal departments/agencies should consider evaluating the process. Follow-up should take into consideration:

- ✓ the design of evaluation criteria at the outset of the undertaking so the goals/objectives/results to be achieved are clear and can be tracked over a reasonable period of time;
- ✓ advice from department/agency's Evaluation units on the practicality of groupings or one-off evaluations; and,
- ✓ involvement of Aboriginal group(s) in the development of the criteria.

# END NOTES

<sup>1</sup>*Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2004] S.C.J. No. 70.

<sup>2</sup>*Taku River Tlingit First Nation v. British Columbia (Project Assessment Director)*, [2004] S.C.J. No. 69

<sup>3</sup>*Mikisew Cree First Nation v. Canada Minister of Heritage*, [2005] S.C.J. 71.

<sup>4</sup> S.35(1), **Constitution Act, 1982** – Recognition of existing aboriginal and treaty rights – The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

<sup>5</sup> “Existing” includes established and potential Aboriginal and treaty rights. Paragraph 25 of *Haida Nation v. British Columbia* states: “The potential rights embedded in these claims are protected by s. 35 of the **Constitution Act, 1982**. The honour of the Crown requires that these rights be determined, recognized and respected. This, in turn, requires the Crown, acting honourably, to participate in processes of negotiation. While this process continues, the honour of the Crown may require it to consult and, where indicated, accommodate Aboriginal interests.

<sup>6</sup> There is significant variability across the country. For example, in British Columbia and Quebec, there are few treaties but many overlapping assertions of Aboriginal rights and title, when compared with the Peace and Friendship Treaties in the Maritimes and the historic treaties of the Prairies provinces. This landscape differs from those modern treaties in the territories North of 60°, northern B.C., and in James Bay which contain specified consultation processes. Each context will require some measure of adaptation to the consultation approach to ensure that it reflects the reality of the rights and interests that exist.

<sup>7</sup> See *Mikisew Cree* at paragraph 1: “...The multitude of smaller grievances created by the indifference of some government officials to aboriginal people’s concerns, and the lack of mutual respect inherent in that indifference has been destructive of the process of reconciliation as some of the larger more explosive controversies”.

<sup>8</sup> The Crown may be deemed to have constructive knowledge of a treaty right or potential Aboriginal right, even if only one department/agency is aware of the assertion.

<sup>8</sup> On pourraît considérer que la Couronne a une connaissance par interprétation d'un droit issu d'un traité ou d'un droit ancestral potentiel, même si un seul ministre ou organisme est au courant de l'affirmation de ce droit.

<sup>7</sup> Voir le paragraphe 1 de la décision *Première nation Cre Mikiew* : « La multitude de griefs de moindre importance engendrées par l'indifférence de certains représentants du gouvernement à l'égard des préoccupations des peuples autochtones, et le manque de respect inhérent à cette controverse les plus importantes et les plus vives. »

<sup>6</sup> La situation varie grandement d'une région à l'autre du pays. Par exemple, en Colombie-Britannique et au Québec, les traités sont peu nombreux, mais il y a de nombreuses revendications de droits et titres ancestraux qui se recoupent, en comparaison des Traités de paix et d'amitié dans les Maritimes et des traités historiques dans les provinces des Prairies. Ce paysage est différent dans les territoires au nord du 60<sup>e</sup> parallèle, dans le nord de la Colombie-Britannique et à la baie James, où des traités contemporains prévoient des processus de consultation précis. Il faudra adapter la méthode de consultation pour faire en sorte qu'elle tienne compte de la réalité des droits et des intérêts en cause dans chaque contexte.

<sup>4</sup> Paragraphe 35(1), *Loi constitutionnelle de 1982* – Reconnaissance des droits existants, ancestraux et issus de traités – Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

<sup>5</sup> Le terme « existants » comprend les droits ancestraux et issus de traités, établis et potentiels. Le paragraphe 25 de l'arrêt *Nation Haida c. Colombie-Britannique* indique que : « Les droits ancestraux potentiels visés par ces revendications sont protégés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pour ce faire, la Couronne doit agir honorairement et négocier. Au cours des négociations, l'honneur de la Couronne commande que ces droits soient déterminés, reconnus et respectés.

<sup>3</sup> Première nation Cre Mikiew c. Canada (ministre du Patrimoine canadien), [2005] S.C.J. n° 71.

<sup>2</sup> Première nation Tliltogut de Takla River c. Colombie-Britannique (directeur d'évaluation de projet), [2004] S.C.J. n° 69.

<sup>1</sup> Nation Haida c. Colombie-Britannique (ministre des Forêts), [2004] S.C.J. n° 70.



✓ La participation de groupes autochtones à la définition des critères.

concernant la faisabilité d'évaluations groupées ou uniques;

✓ Les conseils fournis par la section d'évaluation du ministère ou de l'organisme

suivre l'évolution au cours d'une période de temps raisonnable;

mais, les objectifs et les résultats à atteindre soient clairs et que l'on puisse en

la définition des critères d'évaluation dès le début de l'entreprise pour que les

prendre en considération les questions suivantes :

après la mise en oeuvre de la décision, les ministères et organismes fédéraux

devraient envisager d'effectuer une évaluation du processus. Le suivi devrait

être assuré par la direction des communications soutenues avec les détenteurs de

### Troisième étape : Assurer le suivi

décision.

De plus, il faut entretenir des communications soutenues avec les détenteurs de droits ancestraux, suivant les besoins, au cours de la mise en oeuvre de la

d'un niveau de gouvernement est concerné.

✓ déterminer le centre de responsabilité fédéral du processus de surveillance et d'établissement de rapports si plus d'un ministère ou organisme fédéral ou plus

✓ utiliser les processus existants de surveillance et d'établissement de rapports;

✓ établir des rapports si plus d'un ministère ou organisme fédéral ou plus

Quatrième phrase : mise en œuvre, surveillance et suivi

Il est indispensable de communiquer la conception de l'accompagnement à toutes les parties, et d'assurer la coordination des communications lorsqu'un plus d'un ministère ou organisme fédéral est concerné. Il est aussi recommandé que le ministre ou l'organisme désigné liste ou inventarie des diverses mesures d'accompagnement adoptées pour des projets ou des activités.

- ✓ une description de l'approche adoptée pour aborder les préoccupations soulevées;
  - ✓ une description des questions en suspens, et des raisons pour lesquelles elles n'ont pas été résolues;
  - ✓ les raisons (s'il y a lieu) qui justifient que l'on donne suite à l'activité ou au projet proposé.

Première étape : Mettre en oeuvre la décision

C'est au cours de la quatrième phase que la réussite de la consultation est, si l'y a lieu, de la mesure d'accordement sera assurée. Il faut concevoir la fagon dont les décisions seront appliquées, prendre des mesures pour s'assurer que le plan est suivi ou pour examiner les questions qui se poseront au cours de la mise en œuvre, et assurer le suivi des légions qui seront retenues du processus.

Deuxième étape : Surveiller la mise en œuvre

Assurer la surveillance du respect des engagements pris à l'égard des détenteurs de droits ancestraux en veillant à ce que la Couronne remplit ses engagements d'une manière coordonnée. Cela pourrait se faire en développant des moyens pour surveiller les activités et établir des rapports connexes. Il faudrait étudier les possibilités suivantes :

Les ministères et organismes fédéraux pourraient envisager l'élaboration d'un plan de mise en œuvre :

(p. ex., la Couronne, les détenteurs de droits ancestraux, Les tiers);

- ✓ Une description des rôles et responsabilités de toutes les parties concernées

mesures d'accommodement;

- ✓ Une description des détenteurs de droits ancestraux auxquels s'appliquent les

accrédites;

- ✓ Une description des mesures d'accommodement qui ont été étudiées, offertes et

que la Couronne a été raisonnable et à agi de bonne foi;

une décision afin de démontrer que des consultations vertabiles ont été menées et

une description du processus de consultation entrepris pour arriver à la

décriptions suivantes :

documentation visant à clarifier le contenu de la décision pourra être compilée par les

ou non d'un commun accord, et de documenter les questions en suspens. La

toutes les parties les conditions de l'accordement, qu'elles aient été convenues

Il est important de documenter et de communiquer directement (par écrit) à

**Quatrième étape : Documenter et communiquer la ou les décisions**

groupes autochtones.

phase du processus pourra être inclure des discussions ou des négociations avec les

Couronne doit déterminer la ou les options d'accommodement préférées; cette

résolution au sujet des questions soulevées au cours des consultations. La

Lobbyisation légale de consulter ne compore pas une obligation de convaincre d'une

**Troisième étape : Choisir la ou les options d'accommodement**

nième concerne.

sont examinées et approuvées par la haute direction du ministère ou de l'orga-

internes appropriées et que les mesures d'accommodement potentielles proposées

indispensable que les ministères et organismes fédéraux obtiennent les approbations

d'accordement qui sera discuté avec les détenteurs de droits ancestraux. Il est

l'évaluation permettant de définir la position de la Couronne au sujet des options

définir une position et une représentation cohérente de la Couronne.

Fédéraux différents, ainsi que des intérêts contradiictoires ou divergents, afin de

des processus interministériels existants pour accomoder et concilier des intérêts

✓ Il est indispensable que les ministères de la Couronne collaborent et se servent

• Quels nouveaux mandats sont nécessaires?

- Deuxième étape : Examiner et déterminer la ou les options d'accompagnement
- Après avoir déterminé que la mesure d'accompagnement envisagée est appropriée
- L'équilibre entre d'autres intérêts sociaux et le caractère raisonnable de la solution en tenant compte des renseignements recueillis lors de la première
  - Les modifications possibles de la conception ou de l'approche du projet ou de l'activité (p. ex., modification des caractéristiques d'un projet) et les étapes nécessaires pour les effectuer.
  - Le rôle des tiers dans les mesures visant à contrer les effets préjudiciables aux droits ancestraux ou issus de traités, potentiels ou établis. La nécessité d'effectuer de tels ajustements et d'éventuelles demandes d'indemnisation des promoteurs.
  - ✓ La détermination des pouvoirs actuels ou nouveaux nécessaires pour appliquer les mesures d'accompagnement :
    - Queles sont les mandats des ministères et organismes fédéraux en ce qui concerne les options d'accompagnement ?
    - Queles sont les mandats des ministères ou organismes fédéraux en ce qui nécessite de nouvelles ressources.
    - Queles sont les pouvoirs financiers que détiennent les ministères et orga-
- Leur mandat actuel (c'est-à-dire Développement des ressources humaines Canada – formation professionnelle; Pêches et Océans Canada – autres possibilités de pêche; achat d'autres terres; etc.) ? De telles mesures pourraient répondre aux préoccupations et intérêts soulevés, sans
- Queles sont les pouvoirs financiers que détiennent les ministères et orga-
- nismes fédéraux concernés pour appuyer les options d'accompagnement ?
- Y-a-t-il d'autres ministères fédéraux, provinciaux ou territoriaux qui détient des pouvoirs (mandat et/ou pouvoir financier) qui pourraient appuyer les options d'accompagnement ?



- La nécessité de documenter le processus décisionnel, ainsi que les décisions prises à l'égard de questions en suspens et d'intérêts sociaux.
- Les étapes à suivre pour gérer l'accompagnement, de même que les grands facteurs enumérés ci-dessus, sont décrits dans leurs grandes lignes dans la section suivante. Il convient de noter que cette section des présentations stratégiques provisoires devra tenir compte des futures orientations stratégiques et des renseignements suivants pour justifier une mesure d'accompagnement (une bonne partie de ces renseignements auront déjà été obtenus au cours de la phase d'analyse et de planification préliminaires) :
- L'existence d'un droit ou d'un titre « établi » pourrait faire naître une obligation d'obtenir le consentement du ou des groupes autochtones. Comme cela n'est pas toujours le cas, il est important de consulter l'avocat du ministère de la Justice pour faire cette évaluation.
- Le statut des droits ancestraux ou issus de traités, potentiels ou établis :
- La première étape : Recueillir les renseignements généraux justifiant l'accompagnement
- Les ministères et organismes fédéraux pourraient envisager de recueillir les renseignements suivants pour justifier une mesure d'accompagnement (une bonne partie de ces renseignements auront déjà été obtenus au cours de la phase d'analyse et de planification préliminaires) :
- Les tribunaux ont statué que l'évaluation de la solidité de la revendication qu'effectue l'avocat du ministère de la Justice (voir la quatrième étape de la phase d'analyse et de planification préliminaires) peut servir de fondement pour déterminer l'étendue de l'obligation de consulter et la nécessité de prendre des mesures d'accompagnement.
  - ✓ L'ampleur des effets préjudiciables sur les droits ancestraux ou issus d'un traité, établis ou potentiels (determinée au cours de la phase d'analyse et de planification préliminaires et illustrée dans les figures 2 et 3).
  - ✓ Les préoccupations exprimées par le ou les groupes autochtones à l'égard des effets préjudiciables.
  - ✓ Les intérêts sociaux plus vastes et les objectifs valables de la Couronne, identifiés par les ministères et organismes fédéraux.
  - ✓ La panoplie des mesures ou solutions possibles pour contrer les effets préjudiciables des territoires et les promoteurs industriels suivant les besoins).

- mesures d'accompagnement entre un groupe autochtone et un tiers sont prévues, la Couronne doit déterminer si elle souhaite se prêter à cet arrangement, quel rôle elle pourra jouer, et si l'accordement peut être fait « non sous toutes réserves » de sorte qu'elle puisse y recourir si nécessaire (p. ex., ententes sur les avantages en matière de revenus, ententes sur les districts forestiers en Colombie-Britannique) dans l'éventualité d'une contestation judiciaire future au sujet de la justesse de la consultation par la Couronne.
- Les tribunaux ont insisté sur la nécessité de faire preuve de souplesse et de sensibilité, être apte à adapter l'activité en question, et de proposer de bonne foi des options pour tenir compte des préoccupations et des intérêts ayant été discutés au cours des consultations. En fin de compte, la Couronne doit être en mesure à elle-même à proposer une solution acceptable. Cela peut nécessiter des mesures de consultation qui, dans l'ensemble, elle fait de son mieux pour concilier les préoccupations des Autochtones avec d'autres intérêts sociaux et que le processus de démontrer que, elle a bien agi dans l'intérêt de la partie autochtone, c'est-à-dire que le droit de faire des efforts suffisants, de bonne foi, pour comprendre les préoccupations et faire des efforts suffisants, de bonne foi, pour comprendre les préoccupations et ces sujets attribués pas de droit de veto aux groupes autochtones, les parties doivent faire des efforts suffisants, de bonne foi, pour comprendre les préoccupations et chercher des solutions. Un processus de gestion interne de mesures d'accompagnement devrait prendre en considération les principaux facteurs suivants :
- D'abord, si il y a lieu, quelles autres ministères et organismes doivent prendre part au processus, ainsi que les mandats additionnels à obtenir : participants afin de déterminer la contribution qu'ils peuvent apporter à la mise en œuvre des mesures d'accompagnement.
  - Les restrictions sur les mandats particuliers des ministères et organismes ou d'autres entités fédérales ne limitent pas la nature, l'étendue ou le contenu des obligations de consulter ou d'accompagner qui pourraient s'avérer appropriées dans le contexte.
  - ✓ Une compréhension du processus décisionnel au sein du ministère ou organisme fédéral concerné.
  - ✓ La nécessité d'assurer des communications claires qui incluent toutes les entités fédérales lorsqu'il plus d'un ministère ou organisme concerne.
  - ✓ Le besoin de coordination entre les ministères et organismes concernés.

La Couronne doit déterminer si elle souhaite se prêter à cet arrangement, quel rôle elle jouera, et si l'accordement peut être fait « non sous toutes réserves » de sorte qu'elle puisse y recourir si nécessaire (p. ex., ententes sur les avantages en matière de revenus, ententes sur les districts forestiers en Colombie-Britannique) dans l'éventualité d'une contestation judiciaire future au sujet de la justesse de la consultation par la Couronne.

Cette liste doit servir uniquement de guide dans le cadre d'une consultation d'un ou plusieurs groupes autochtones qui ont déjà conclu des ententes avec la Couronne, ou pour déterminer le type de clauses ou d'approches de règlement des différends à inclure dans un protocole ou une entente de consultation. En résumé, à ce stade du processus de consultation, les questions suivantes auront été déterminées :

- ✓ Une activité ou un projet fédéral est prévu.
- ✓ Le projet ou l'activité a des effets sur un droit ancestral ou issu d'un traité, établi ou potentiel.
- ✓ La solidité de la revendication des droits, établis ou potentiels, a été évaluée.
- ✓ L'activité ou le projet aura des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou le titre.
- ✓ La nature et l'amplitude des effets préjudiciables ont été déterminées.

En résumé, à ce stade du processus de consultation, les questions suivantes auront été déterminées :

### Troisième phase : Accomodement

Cette liste doit servir uniquement de guide dans le cadre d'une consultation d'un ou plusieurs groupes autochtones qui ont déjà conclu des ententes avec la Couronne, ou pour déterminer le type de clauses ou d'approches de règlement des différends à inclure dans un protocole ou une entente de consultation. En résumé, à ce stade du processus de consultation, les questions suivantes auront été déterminées :

- ✓ Bien que le terme « accommodement » puisse sembler nouveau, les ministères et organismes fédéraux pourront sans aucun doute liquidier plusieurs situations où une certaine forme d'accommodement a été menagée. Il se pourrait que la consultation soit nécessaire pour faire la forme qu'il prendra, par exemple appuyer des modifications mineures au plan de projet. L'accommodement devrait aussi prendre la forme d'une transaction foncière ou d'un échange de terres, ou encore de mesures d'indemnisation ou une entente sur les répercussions et les avantages avec le ou les groupes autochtones.
- ✓ Un accommodement pourrait être nécessaire si la revendication d'un droit garanti par l'article 25 est solide et qu'il y a d'importants effets préjudiciables qui exclurait dès le départ toute forme d'accompagnement serait visible de sens.
- ✓ Lorsqu'un accompagnement est requis, les ministères et organismes responsables devraient collaborer avec le ou les groupes autochtones et tenir de trouver des solutions qui concilient leurs intérêts avec les intérêts sociaux de l'ensemble de la population canadienne que la Couronne est tenue de respecter. Lorsque des solutions qui concilient leurs intérêts avec les intérêts sociaux de l'ensemble de la population canadienne que la Couronne est tenue de respecter. Lorsque des

accords dans le site Web suivant : [http://www.ainc-imac.gc.ca/pr/agr/index\\_f.html](http://www.ainc-imac.gc.ca/pr/agr/index_f.html)  
 différends, consulter la liste de tous ceux qui sont décrits dans des traités et des  
 Pour effectuer la recherche du contenu des mécanismes de règlement des

l'application des mesures d'accordement.  
 moins litigieux de résoudre les désaccords au cours de la consultation ou de  
 puisqu'ils peuvent contribuer à minimiser les conflits et à fournir des moyens  
 appuyer des solutions, comme des mécanismes de règlement des différends,  
 consultation. Néanmoins, il pourrait s'avérer utile d'examiner divers moyens d'y  
 de convenir du règlement des questions soulevées au cours du processus de  
 le titre a été établi, l'obligation légale de consulter ne comporte pas d'obligation  
 À l'exception des situations où il est question de terres autochtones pour lesquelles

### Règlement des différends

comptes rendus de réunions, de conversations, de courriels et d'appels téléphoniques).

- ✓ des copies de toute la correspondance pertinente liée au dossier (y compris des
- ✓ la date et le lieu de chaque activité;
- ✓ le responsable de la réalisation de l'activité consignée;
- ✓ le lieu et la date de l'ouverture du dossier;
- ✓ le nom de la personne qui a ouvert le dossier;

Il est recommandé aux ministères et organismes fédéraux de tenir des dossiers détaillés qui contiennent les renseignements suivants :

- ✓ Les décisions prises par les décideurs supérieurs et les consignes de mise en œuvre.
- ✓ Les résumés des préoccupations des Autochtones qui sont communiqués au besoin aux décideurs supérieurs.
- ✓ Les conseils juridiques demandés au cours du processus de consultation.

✓ Les réponses aux demandes d'information présentées par le ou les groupes autochtones dans le but de discuter du projet proposé et les observations décollant de ces réunions.

✓ Les renseignements relatifs à toutes les réunions avec le ou les groupes autochtones dans le but de discuter du projet proposé et les observations



- ✓ Accorder aux groupes autochtones potentiellelement concernés le temps nécessaire pour évaluer les effets préjudiciables de l'activité ou du projet.
- ✓ Projeter une opinion sur la question et communiquer leurs propos, se former une opinion sur la question et communiquer leurs propos, Notamment, demander si les personnes consultées ont régulièrement suffisants au sujet de l'activité ou du projet proposé pour leur donner l'occasion d'exprimer leurs préoccupations au sujet des effets de l'activité ou du projet proposé (c'est-à-dire, prévoir des réunions de suivi pour discuter de leurs préoccupations au besoin).
- ✓ Nourrir le dialogue avec les groupes autochtones potentiellement concernés pour renseigner les suffisants au sujet de l'activité ou du projet proposé pour leur donner l'occasion d'exprimer leurs préoccupations au sujet des effets de l'activité ou du projet proposé (c'est-à-dire, prévoir des réunions de suivi pour discuter de leurs préoccupations au besoin).
- ✓ Prendre en considération les préoccupations des groupes autochtones concernées et répondre en temps opportun aux préoccupations qui ont été exprimées tout au long du processus de consultation. Communiquer la décision de la Couronne aux groupes autochtones qui sont potentiellement concernées en considération, celles qui ne l'ont pas été, et expliquer les raisons.
- ✓ Selon la nature des préoccupations, veiller à ce que les tiers (cest-à-dire les promoteurs) participent, puisqu'ils sont plus aptes à examiner et à décrire brièvement les mesures possibles pour prévenir ou atténuer les effets préjudiciables de certains types de projet (p. ex., déterminer l'emplacement de bassins, de pipelines, trains types de projets, etc.).
- ✓ Tout au long du processus de consultation, veiller à ce que les renseignements soient partagés avec d'autres ministères et organismes gouvernementaux qui sont directement ou indirectement concernés, ainsi qu'avec leurs avocats.
- ✓ Les ministères et organismes fédéraux devraient aborder la consultation des autochtones en étant conscients qu'ils pourraient avoir à démontrer le caractère complet et l'intégrité du processus à une date ultérieure. A cette fin, ils devraient tenir des dossier détaillés pour documenter chaque étape du processus. Voici des exemples du type d'informations qui doivent être consignées :
- ✓ Les sources gouvernementales ou non gouvernementales concernant l'identité des groupes autochtones sur qui l'activité ou le projet proposé pourrait avoir des effets.
- ✓ Tous les contacts pris avec le ou les groupes autochtones.
- ✓ Les renseignements communiqués aux groupes autochtones concernant le projet proposé et leurs réactions.

- ✓ Mandat et la capacité de signer une entente qui servait négociée au nom du Canada. Il conviendrait de désigner un représentant lorsqu'e plusieurs ministères ou organismes gouvernementaux sont concernés (l'avocat du ministre de la Justice n'est pas responsable du processus de consultation; il une manière générale, il n'a pas à y participer, mais plutôt à prêter son appui et à fournir des conseils).
- ✓ Intégrer, dans toute la mesure du possible, la consultation par la Couronne du ou des groupes autochtones à un processus réglementaire existant pour le projet ou l'activité en question (p. ex., un processus d'évaluation environnementale), à condition que le processus réglementaire se déroule en même temps. Il faut en informer les groupes autochtones concernés pour qu'ils sachent que la Couronne s'attend à ce qu'un processus existant fasse partie du processus de consultation.
- ✓ Aviser le ou les groupes autochtones de l'activité proposée, fournir les coordonnées d'une personne-ressource au sein du gouvernement à laquelle ils peuvent adresser leurs questions sur l'occupation, et offrir de les rencontrer pour discuter en détail de la question (par l'intermédiaire d'un processus public ou d'un processus déterminé selon ce qui aura été jugé utile dans le contexte).
- ✓ Si l'y a lieu, demander des renseignements détaillés aux groupes autochtones concernés au sujet de la nature du droit, potentiel ou établi, et du lieu géographique où il est exercé.
- ✓ Chercher à obtenir la confirmation de l'identité de la ou des personnes qui par l'article 35, et déterminer si ces revendications en recourent d'autres. Fournit aux groupes autochtones potentiellement concernés des renseignements clairs et pertinents en temps opportun.
- ✓ Fournit des renseignements sur l'activité ou le projet proposé, sur la connaisance qu'à la Couronne des intérêts autochtones et sur les effets préjudiciables potentiels, selon la Couronne, due pourraient subir ces intérêts.
- ✓ Dans les cas où des projets ou activités sont concernés et réalisés par un tiers, examine la possibilité que leurs spécialistes aident à exposer les grandes lignes des aspects techniques et particuliers du projet ou de l'activité, et aider à faciliter ces réunions.
- ✓ Consulter l'avocat du ministre de la Justice au sujet des documents que vous avez l'intention de divulguer pour empêcher l'abandon d'un privilège ou la divulgation de renseignements confidentiels du Cabinet par inadvertance.



consultations au nom du Canada dans le contexte particulier – ceux qui ont le mandat clairement les ministères et organismes qui ont le pouvoir de mener des

que la consultation sera nécessaire.

✓ Engager le processus de consultation dès que possible après avoir déterminé :  
mine à la cinquième étape de la phase d'analyse et de planification préliminaires ;  
fédéraux ne doivent pas oublier les consultations suivantes, selon ce qui a été détermi-  
Lorsqu'ils entreprennent un processus de consultation, les ministères et organismes

## Mettre en œuvre le processus de consultation de la Couronne

### Deuxième phase : Consultation par la Couronne

d'évaluation.

✓ Déterminer les indicateurs qui pourraient servir à un événuel processus

✓ Etablir un budget et l'échéancier des activités de consultation.

cours).

(langues, géographie, pratiques culturelles, activités saisonnières, litige en

✓ Identifier les défis potentiels pour le processus de consultation de la Couronne

son apport à cet égard.

consultation proposée. L'avocat du ministre de la Justice est disposé à prêter

peuvent faire en sorte que toutes les parties comprennent le processus de

régions du pays et, bien qu'elles requièrent plus de temps et d'effort, elles

souhaitable. De telles ententes sont de plus en plus courantes dans différentes

✓ Examiner si une entente ou un protocole de consultation est nécessaire ou

consultation.

déterminer des méthodes de consultation efficaces et le moment de la

✓ Communiquer avec les groupes autochtones, lorsqu'il sera possible, afin de

conséquence.

ou d'un droit d'utilisation non aboli. Il faut évaluer ces intérêts communs en

legitime sur les terres visées en vertu d'une revendication d'un titre ancestral

• Il faut être conscient que plus d'un groupe autochtone peut avoir un intérêt

La réserve, consulter la bande qui jouit des terres en question.

• Si le projet doit être réalisé dans une réserve ou pourrait avoir des effets dans

mesures spéciales comme obtenir l'autorisation des personnes consultées.

sur l'identité des représentants légitimes et déterminer s'il faut prendre des

- Si il n'est pas facile d'identifier les portes-parole ou s'il semble y avoir de la dissension entre les groupes consultés, il faut obtenir des conseils juridiques

détenus de droits qui pourraient subir des effets préjudiciables. Pourraient fournir des renseignements quant aux représentants du groupe de organisations politiques dans les consultations prévues puisqu'elles jouent un rôle unique. Il peut aussi y avoir de bonnes raisons stratégiques d'inclure des en leur nom. Dans le cas des Métis, ce genre d'organisation peut jouer un rôle nécessairement les détenus de droits même si elles sont autorisées à agir en vertu de la Constitution ne doit pas oublier que les organisations politiques ne sont pas nécessaires.

- La Couronne doit consulter les détenus des droits garantis en vertu de l'article 35 ou leurs représentants.

points suivants :

✓ Clarifier davantage quelle(s) partie(s) à consulter en étant attentif aux

✓ Envisager de faire participer des gouvernements provinciaux ou territoriaux ou le secteur privé dans le processus de consultation de la Couronne ou vice versa. La participation à un processus de consultation mené par un tiers ou un gouvernement provincial peut-être éclairer les besoins du gouvernement fédéral ou y répondre en tout ou en partie?

✓ Déterminer le contenu (c'est-à-dire l'objet de la consultation) et prendre les mesures nécessaires pour que les discussions soient concentrées sur la façon d'examiner en profondeur les préoccupations, de minimiser les effets préjudiciables, et de prendre en compte efficacement les préoccupations concernant la mesure envisagée par la Couronne et ses effets préjudiciables sur les droits, établis ou potentiels, garantis par l'article 35.

• Les mandats et les lois régissant chaque ministère ou organisme fédéral devraient être évalués afin de voir, s'il y a lieu, quelle(s) limitations pourraient restreindre les initiatives de consultation ou la capacité de donner suite à des questions d'accommodement.

• La Couronne représente le gouvernement en entier, mais chaque ministère ou organisme fédéral a la responsabilité de mener les consultations qui découlent de l'obligation légale de consulter.

✓ Déterminer quelles ministères ou organismes de la Couronne agiront au nom du gouvernement aux fins du processus de consultation. On demandera des conseils juridiques afin de déterminer l'étendue des mandats, s'il faut informer et faire participer d'autres organismes fédéraux et si des mandats additionnels sont nécessaires pour remplir l'obligation.

## **Processus de consultation**

**Quatrième étape : Si y a obligation légale de consulter, déterminer le contenu de l'obligation (les étapes et le contenu préliminaires du**

Il ne sera peut-être pas possible de déterminer dès le début les étapes et le contenu exacts du processus de consultation à cause d'un manque de renseignements, mais à mesure qu'il se déroulera, les différentes étapes et le contenu pourraient changer pour rendre compte plus exactement de la solidité et de la nature de la revendication et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le ou les droits.

Il est important de tenir compte des éléments suivants pour déterminer les étapes et le contenu du processus de consultation de la Couronne :

Il est important de tenir compte des éléments suivants pour déterminer les étapes et le contenu du processus de consultation de la Couronne :

• Découvrir (si ce n'est déjà fait) si d'autres thématiques ou d'enseignements n'auraient pas éventuellement l'obligation eux aussi de consulter le ou les groupes autochtones concernés, et établir les mécanismes de coordination qui pourraient s'avérer

- Les ministres ou organismes fédéraux devraient envisager de s'entretenir avec d'autres ministères ou organismes ou d'autres gouvernements afin d'explorer les possibilités de collaborer et afin de déterminer les relations et les processus existants qui peuvent contribuer à la réalisation légale de consultation et qui peuvent être complétés par d'autres activités de consultation.

- Les tribunaux ont statué que lorsqu'une obligation de consulter se situe au bas aux exigences relatives à un processus de consultation en place et si satisfait

- Les tribunaux n'ont pas exigé qu'un processus sépare de consultation de la Couronne soit instauré si le processus en place peut examiner les droits garantis en vertu de l'article 35 (p. ex., dans l'affaire Première nation Tliltcik à Takau River, le processus d'évaluation environnementale entrepris par la Colombie-Britannique conformément à la Environment Act)
- Les exigences de la loi aient toutes été remplies, l'inclusion dans le processus public n'a pas été suffisante).

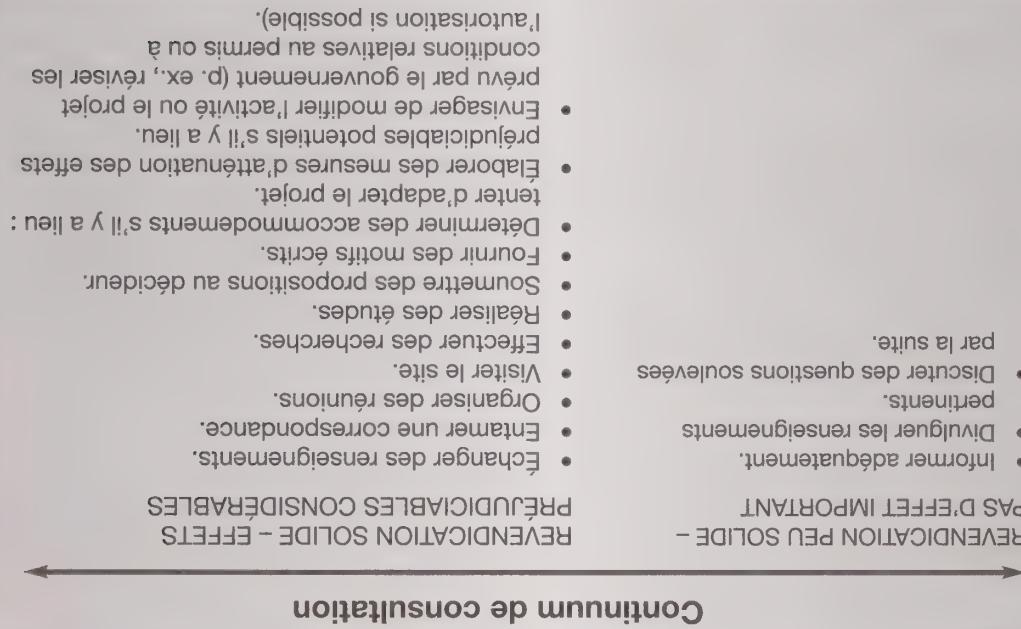


Figure 3

Bien que la responsabilité d'effectuer une évaluation et une analyse préliminaires fédérales concerne communément, coopérant et collaborant pleinement. Processus de consultation requiert de chacun des ministères ou organismes de l'existence d'une obligation légale de consulter et de l'amplifier ou l'étendre du concernes par le projet ou l'activité, il est indispensable que les différentes entités fédérales concernées communiquent, coopèrent et collaborent pleinement.

Les ministères et organismes fédéraux souhaiteront peut-être se servir de la trousse Fiche de notation des risques® du Secrétariat du Conseil du Trésor (SCT) comme modèle pour l'évaluation des risques. On trouvera des renseignements sur la trousse à l'adresse suivante : <http://www.tbs-sct.gc.ca/ia-vi/policies-politiques/rba/cvar/guide12-f.asp>

Les résultats de l'analyse de la solidité de la revendication et de la gravité des effets préjudiciables déterminent l'étendue de la consultation, qui variera de la faagon illustrée à la figure 3.

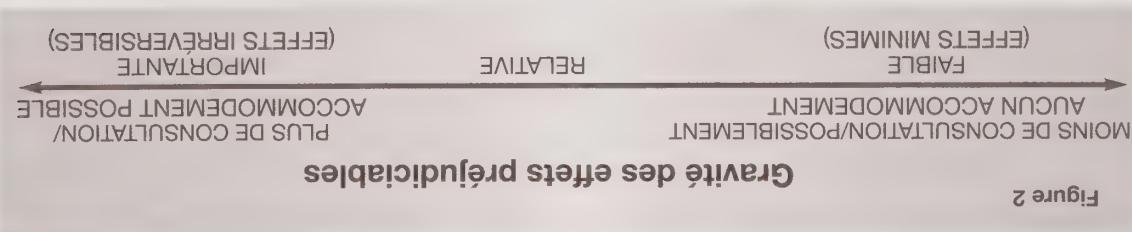


Figure 2

Il faut déterminer le niveau de gravité des effets préjudiciables potentiels sur les droits, comme l'illustre la figure 2, sans oublier qu'il sera peut-être nécessaire de les réévaluer à mesure que se déroule le processus de consultation et que de nouveaux renseignements sont présentés.



Figure 1

Il importe de noter qu'une consultation de la Couronne n'a pas pour but de prouver des droits potentiels. L'expérience montre qu'il faut des années pour décrire et confirmer des droits accrus. En règle générale, le détail de réalisations des activités ou des projets qui sont proposés est d'une durée plus courte (parfois fixe par la loi). Il est donc important de prendre comme point de départ des évaluations préliminaires des droits et des effets préjudiciables potentiels.

En règle générale, l'évidence ou l'ampleur de l'obligation dépendra de l'évaluation de la solidité de la revendication et de la gravité des effets préjudiciables potentiels. Si l'activité ou du projet propose sur les droits établis ou potentiels. Si l'activité légale de consultation, le ministre de la Justice peut aider à évaluer la solidité de la revendication (voir la figure 1). Des renseignements d'autres ministères ou organismes pourraient aussi être utiles pour déterminer l'évidence de l'obligation.

#### Quatrième étape : Déterminer la gravité potentielle des effets préjudiciables de l'activité ou du projet proposé sur les droits, établis ou potentiels, garantis par l'article 35

Si l'analyse indique que les activités ou le projet proposé pourraient avoir des effets préjudiciables sur des droits accrus ou issus de traités, potentiels ou établis, il y aura obligation légale de consulter. Comme il a été mentionné ci-dessus, il sera nécessaire de déterminer qui participera aux consultations et qui a le pouvoir d'agir au nom du Canada et de signer l'entente permettant les accords ou les protocoles qui seront utilisés, si nécessaire, et d'évaluer les besoins en matière de mandat, s'il y a lieu.

#### (ii) Il y a obligation légale de consulter

Il existe une différence entre les effets sur des droits accrus ou issus de traités, établis ou potentiels, et si ces effets seraient ou non préjudiciables).

Au moyen de renseignements additionnels, on pourrait déterminer l'existence d'une obligation légale de consulter (determination qui serait fondée sur le fondement de leur revendication ou de leur représentation d'un groupe donné. Il pourrait aussi être approprié de s'adresser aux groupes autochtones concernés pour clarifier leurs expériences d'autres ministères ou organisations fédéraux et d'autres sanctes et les expériences d'autres ministères ou organisations fédéraux et les connais- Pour résoudre l'incertitude, il pourraît être utile de se tourner vers les connais-

rejetant l'obligation légale de consulter. Si un doute subsiste sur l'existence d'une obligation légale de consulter, les tribunaux ont suuggéré que les difficultés liées à la preuve et à la détermination des revendications soient réglées par le degré de consultation, et non pas en une obligation peuvent être faibles et évidentes une obligation légale, et les nécessaires puisque la solidité de la revendication et les effets pouvant faire naître compété. D'un point de vue juridique, des précautions pourraient s'avérer nécessaires juridiques et d'autres considérations stratégiques devraient être pris en compte. Si un doute subsiste sur l'existence d'une obligation légale de consulter, les risques juridiques et d'autres considérations stratégiques devraient être pris en compte. D'un point de vue juridique, des précautions pourraient s'avérer nécessaires puisque la solidité de la revendication et les effets pouvant faire naître compété. D'un point de vue juridique, des précautions pourraient s'avérer nécessaires puisque la solidité de la revendication et les effets pouvant faire naître compété.

#### (ii) Incertitude relative à l'obligation légale de consulter

En 2006, le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien a lancé un processus de consultation en partenariat avec l'Association des femmes autochtones du Canada et l'Assemblée des Premières Nations en vue d'établir différentes options législatives concernant la question des biens immobiliers matrimoniaux sur les réserves. Ces consultations ont été menées pour promouvoir la bonne gouvernance et contribuer à une élaboration solide de lois et de politiques malgré une évaluation initiale n'ait pas menée à la conclusion qu'il y avait une obligation légale.

Si l'analyse indique que la mise en œuvre de l'activité proposée serait proche de l'effet préjudiciable sur ces droits, la Couronne pourrait alors décider qu'il n'y a pas obligation légale de consulter. Si la preuve établit les revendications ou la nature de l'activité proposée est modifiée, la position concernant l'obligation légale de consulter devrait être revue. Toutefois, il est important de souligner que le ministre ou l'organisme en question pourraît décider d'entamer quand même un processus de consultation relativement à l'activité ou au projet proposé à des fins de même gouvernance ou pour des raisons de politiques.

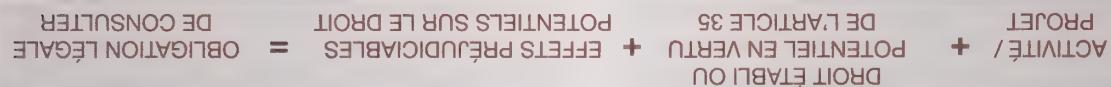
1982 ou qu'il n'y pas eu maintien des modes d'utilisation des terres). Si l'analyse indique que la mise en œuvre de l'activité ou du projet propose seraient établis ou potentiels; que les faits démontrent que les droits ont été éteints avant l'ancêtres; qu'elle n'a aucun lien avec des droits ancestraux ou issus de traités,

Il n'y a aucune obligation légale de consulter si l'analyse préliminaire indique que la revendication d'un droit potentiel aux termes de l'article 35 n'est pas crédible (c'est-à-dire, qu'elle ne satisfait pas aux critères relatifs à l'existence de droits)

### (i) Aucune obligation légale de consulter

On devrait demander conseil au ministre de la Justice lorsqu'un entrepreneur notez que, pour des raisons de même gouvernance, votre ministère ou organisme suivants s'applique en ce qui a trait à l'obligation de consulter (il convient de l'organisme fédéral devrait être en mesure de déterminer laquelle des trois options cette évaluation préliminaire. Une fois l'évaluation terminée, le ministre ou les groupes autochtones concernés devraient en être informés).

Pourrait décider tout de même de consulter qu'il y ait ou non obligation légale, et les groupes autochtones concernés devraient en être informés).



Les trois facteurs doivent exister pour qu'il y ait obligation légale de consulter.

- (1) Y-a-t-il un projet ou une activité proposée(e) par la Couronne;
  - (2) Les groupes autochtones dans la région jouissent-ils de droits, établis ou potentiels, en vertu de l'article 35 (évaluation de la solidité de la revendication)?;
  - (3) Le projet ou l'activité proposée(e) par la Couronne décloule l'article 35?
- évaluer sont-ils susceptibles d'avoir des effets préjudiciables sur les droits

considération des trois facteurs suivants :

L'évaluation préliminaire de l'obligation légale de consulter doit prendre en compte l'application actuelle des terres sera-t-elle modifiée?

Les renseignements recueillis au cours des deux étapes précédentes doivent ensuite être évalués et analysés afin de déterminer l'existence d'une obligation légale de consulter.

Troisième étape : Effectuer l'évaluation et l'analyse préliminaires, y compris l'évaluation de la solidité de la revendication

- ✓ Semble-t-il qu'un ou plusieurs groupes autochtones aient occupé à long terme un secteur, ou en ait fait faire une utilisation qui répose sur des droits, et pourraient être affectés par l'activité ou le projet proposé?
- ✓ Le projet ou l'activité doit-il se dérouler dans un cadre rural ou urbain?

L'utilisation actuelle des terres sera-t-elle modifiée?

un secteur, ou en ait fait faire une utilisation qui répose sur des droits, et pourraient être affectés par l'activité ou le projet proposé?



- Y a-t-il des preoccupations à l'égard des effets cumulatifs de l'activité ou du projet proposé et de ceux d'autres activités dans la même région ou dans les alentours?
- Y a-t-il des préoccupations à l'égard des effets cumulatifs de l'activité ou du projet proposé et de ceux d'autres activités dans la même région ou dans les autres sites intéressant les Autochtones qui ont une revendication crédible en ce qui concerne des sites archéologiques, des cimetières autochtones ou d'un droit découlant de l'article 35?
- Quels sont les effets préjudiciables potentiels de l'activité ou du projet proposé il est recommandé de consulter un conseiller juridique.
- (NOTE : Lorsqu'un projet ou une activité seraient dans un réserve ou l'affection, les obligations de la Couronne s'étendent à plus que l'obligation de consulter et traites sont revendiquées par un groupe autochtone ou sur lesquelles un groupe autochtone revendique un intérêt aux termes d'une revendication particulière ou globale, d'une entente sur l'autonomie gouvernante ou dans le cadre du processus de la Commission des traites de la Colombie Britannique?)
- Quels sont les effets préjudiciables potentiels de la proximité ou de l'activité ou du projet propose avec des terres sur lesquelles des droits ancestraux ou issus de droits de chasse, de pêche, de piégeage et de cueillette)?
- Quels sont les effets préjudiciables potentiels de l'activité ou du projet proposé sur les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels (c'est-à-dire acceptable d'avoir sur les droits ancestraux ou issus de traité, établis ou potentielle).
- (2) Déterminer les effets préjudiciables que chaque option de mise en œuvre et

compris leurs coordonnées à jour.  
 aussi une base de données sur toutes les collectivités autochtones au Canada, y (<http://wwwaborigincanada.gc.ca/acp/community/site.usf/index-fr.html>) contient

#### Le site Web D'AINC

- Elles sont aussi disponibles au Bureau des cartes du Canada, Ressources naturelles Canada.  
 L'adresse suivante : [http://cccm.nrcan.gc.ca/francais/comprehensive\\_claims\\_f.asp](http://cccm.nrcan.gc.ca/francais/comprehensive_claims_f.asp).  
 Come mentionné dans la partie A, des cartes et d'autres sources d'information pourrait être fondé (traités, lois, extinction de droits par la Couronne, etc.)?  
 Y a-t-il des faits sur lesquels un argument pourrait qu'il y ait eu extinction de droits faisant l'objet de revendications?

- Y a-t-il des cimetières, des territoires traditionnels ou des réserves dans la région d'activité ou le projet propose ont-ils une incidence sur les territoires ancestraux?

► Quelle connaissance concrète ou par implication rendent ces droits ?

- 1) Trouver des rendignelements précis sur les groupes autochtones et les drogues accéder aux ou îles de trahis, établis au potentiel, qui pourraient être touchées par l'activité ou le projet proposé.

✓ Quelles collectivités autochtones pourraient être touchées par l'activité ou le projet proposé?

Voici quelques questions à prendre en considération lorsqu'on prépare et recueille ces renseignements :



Le ministère ou l'organisme fédéral doit recueillir suffisamment d'information pour faire une évaluation préliminaire des droits, potentiellement ou établis, en vertu de l'article 35 qui sont en cause (c'est-à-dire droits de chasse, droits de pêche, droits à l'auto-nomie gouvernementale, droits culturels, etc.), et déterminer si la revendication est crédible et si l'activité ou le projet sont susceptibles d'avoir des effets préjudiciables sur ces droits. Cette information lui permettra d'évaluer (voir la troisième étape), en consultation avec le ministre de la Justice, s'il y a obligation légale de consulter.

**Deuxième étape : Faire des recherches préliminaires sur les groupes autochtones dans la région et déterminer les droits, potentiellement ou établis,** qui pourraient exister en vertu de l'article 35, ainsi que les effets potentiellelement préjudiciables de l'activité ou du projet proposé

- ✓ Des options ou des solutions de remplacement ont-elles été envisagées dans le cadre du projet ou de l'activité proposée?
  - ✓ Quelles sont les incidences potentielles du projet ou de l'activité sur les terres ou les ressources naturelles (s'il y a lieu)? Une évaluation des incidences a-t-elle été faite?
  - ✓ Quel est l'emplacement ou l'application géographique du projet ou de l'activité?
  - ✓ Quels genres de décisions doivent être prises relativement au projet ou à l'activité en question?
  - ✓ Quel est le mandat ou l'entende des pouvoirs des organismes de qui relèvent le projet ou l'activité ou son autorisation? Y en a-t-il d'autres qui devraient intervenir?
  - ✓ Y a-t-il des lois, des règlements, des ententes ou des protocoles qui s'appliquent à la consultation des groupes autochtones?
  - ✓ Y a-t-il des sociétés, des gouvernements provinciaux ou territoriaux ou des tiers qui pourraient aussi être concernés?
  - ✓ Que comporte l'élaboration du projet ou de l'activité?
  - ✓ Quel est le but de l'activité ou du projet?
  - ✓ Quelle est la nature de l'activité ou du projet proposé?
- Parmi les questions à considérer, notons les suivantes :



Les échéanciers qui pourraient s'appliquer.

Fédéraux qui pourraient être concrètes, les décisions qui relèvent d'eux, ainsi que son autorisation. Il peut être utile d'en numérotter les ministères et organismes déterminer quelle entité de la Couronne est responsable de sa réalisation ou de La première étape consiste à décrire l'activité ou le projet envisagés et à

### Première étape : Décrire l'activité ou le projet proposé

apprécier sont décrits en détail ci-dessous.

aidier à déterminer l'étendue (le degré) de l'obligation. Les aspects précis de cette obligation légale de consulter. Le cas échéant, le ministère de la Justice peut telles de l'activité ou du projet proposé sur ces droits afin de déterminer si il y a potentielles ou établis, aux termes de l'article 35 et des effets préjudiciables potentiels du ministère de la Justice pour effectuer l'évaluation préliminaire des droits, Après avoir recueilli ces renseignements, il faut travailler de concert avec l'avocat

potentielles ou établis, résultant des différentes options de mise en œuvre.

- Les effets préjudiciables potentiels sur les droits ancestraux ou issus de traités, Les intérêts ou les préoccupations à l'égard de l'activité ou du projet proposé;

d'utilisation des terres n'ont pas été maintenus;

- des indicateurs due les droits ont été établis avant 1982 ou due les modes

potentiels;

- des indicateurs de l'existence de droits ancestraux ou issus de traités, établis ou l'utilisation actuelle et passée des terres de la région;

habitant dans la région;

- des renseignements généraux et détaillés sur les groupes autochtones qui

l'information sur :

potentiels du projet ou de l'activité proposée. Cela signifie recueillir de de droits, établis ou potentiels, en vertu de l'article 35 et des effets préjudiciables possible pour permettre une analyse et une évaluation préliminaires de l'existence ou l'organisme concerné doit recueillir des faits et des renseignements le plus tôt l'obligation, ainsi que le déroulement du processus de consultation, le ministère Afin de déterminer si il y a obligation légale de consulter, l'étendue et le contenu de

### Première phase : Analyse et planification préliminaires

# La consultation et l'accompagnement des groupes autochtones

1. Assurer la participation des groupes autochtones à l'élaboration d'un plan d'accompagnement.
2. Assurer la mise en œuvre de l'accompagnement.
3. Assurer le suivi.

## Quatrième phase : Mise en œuvre, surveillance et suivi

1. Recueillir les renseignements généraux qui justifient l'accompagnement.
2. Examiner et déterminer la ou les options d'accompagnement.
3. Choisir la ou les options d'accompagnement.
4. Documenter et communiquer la ou les décisions.

## Troisième phase : Accompagnement

1. Entreprendre le processus de consultation.

## Deuxième phase : Processus de consultation de la Couronne

1. Déterminer la gravité potentielle des effets préjudiciables de l'activité ou du projet proposé sur les droits, potentielles ou établis, aux termes de l'article 35.
2. Faire des recherches préliminaires sur les groupes autochtones dans la région et leurs droits potentiels ou établis, ainsi que déterminer les effets potentiellelement préjudiciables de l'activité ou du projet proposé.
3. Effectuer l'évaluation et l'analyse préliminaires, y compris l'évaluation de la solidité de la revendication.
4. Si une obligation légale de consulter semble exister, déterminer le contenu de l'obligation (les étapes et le contenu préliminaire du processus de consultation).

1. Décrire et planifier l'activité ou le projet proposé.

## Première phase : Analyse et planification préliminaires

- gouvernements sont concrètes, les phases devraient être réalisées en collaboration pour gagner en efficacité.

Les sections suivantes portent sur chacune des phases du processus de consultation et présentent des conseils sur les dispositions à prendre au cours de chacune d'elles.

- (d) Mise en œuvre, surveillance et suivi
  - (c) Accomodement
  - (b) Processus de consultation
  - (a) Analyse et planification préliminaires
- Selon les circonstances, un processus de consultation auprès de groupes autochtones peut comporter jusqu'à quatre phases :

## LE PROCESSUS DE CONSULTATION DE LA COURONNE

### Introduction

Different types de mesures envisagées par la Couronne peuvent rendre applicable l'obligation de consulter, et les étapes, les conseils et les facteurs applicables décrits ci-dessous en tiennent compte. Il peut être question d'une initiative entreprise par un ministère ou un organisme fédéral (p. ex. la gestion ou l'alienation de terres publiques, un projet de construction, une modification d'une activité pro-etc.) ou l'approbation ou l'autorisation par un gouvernement d'une activité pro-etc. ou l'utilisation de terres (la délivrance d'une licence, d'un permis ou d'une autorisation posée par un tiers (la délivrance d'une licence, d'un permis ou d'une autorisation pour l'utilisation de terres ou de ressources). La même méthode fondamentale pourrait aussi nécessairement selon le contexte. La même méthode de consultation variera pour l'utilisation de terres ou de ressources. Selon les circonstances, un processus de consultation auprès de groupes

autochtones peut comporter jusqu'à quatre phases :

Le processus de consultation conforme aux lignes directrices provisoires à l'obligation de consulter, et les étapes, les conseils et les facteurs applicables décrits ci-dessous en tiennent compte. Il peut être question d'une initiative entreprise par un ministère ou un organisme fédéral (p. ex. la gestion ou l'alienation de terres publiques, un projet de construction, une modification d'une activité pro-etc.) ou l'approbation ou l'autorisation par un gouvernement d'une activité pro-etc. ou l'utilisation de terres (la délivrance d'une licence, d'un permis ou d'une autorisation pour l'utilisation de terres ou de ressources). La même méthode fondamentale pourrait aussi nécessairement selon le contexte. La même méthode de consultation variera pour l'utilisation de terres ou de ressources. La même méthode fondamentale pourra également être utilisée dans le cas de consultations stratégiques ou pour appliquer des principes de même génération.

## INFORMATIONS À L'INTENTION DE CEUX QUI TIENNENT LES CONSULTATIONS



## PARTIE C

### CONSULTATION ET ACCOMMODEMENT DES PEUPLES AUTOCHTONES

Lignes directrices provisoires  
afin de remplir l'obligation  
legale de consulter

### INFORMATIONS À L'INTENTION DE CEUX QUI TIENNENT LES CONSULTATIONS





aux lois et coutumes européennes. La Cour a conclu que le mot « Métis » à l'article 35 ne vise pas toutes les personnes d'ascendance mixte indienne et européenne, mais plutôt les peuples distincts qui, en plus de leur ascendance mixte, possèdent leurs propres coutumes et identité collective reconnaisables et distinctes de celles de leurs ancêtres indiens ou inuits, d'une part, et de leurs ancêtres européens, d'autre part. La Cour n'a pas établi une définition exhaustive de l'identité métisse aux fins de présentation des revendications fondées sur l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, mais elle a retenu trois facteurs principaux comme indices tendant à établir l'identité métisse, à savoir l'auto-identification, les liens ancestraux et l'acceptation par la communauté.



ancéstraux de Pêche commerciale, il n'y a pas de restriction interne à ce droit. A ce titre, le critère de justificatif dans l'arrêt R. c. Sparrow a dû être affiné pour les droits ancestraux de Pêche commerciale. Il faut tenir compte d'autres considérations, outre les objectifs de conservation de la ressource, pour décliner les restrictions à un droit imposé par le gouvernement sont justifiées. Des objectifs comme la poursuite de l'équité sur les plans économique et régional, ainsi que la reconnaissance du fait que, historiquement, des groupes non autochtones participent à l'exploitation des ressources halieutiques, sont des objectifs pertinents à l'analyse de cette justification. Il faut donner la priorité aux droits ancestraux, mais il faut que ces droits soient compatibles avec d'autres droits et intérêts. La cause a été renvoyée en première instance pour que soit décidé si la réglementation des droits ancestraux de Pêche commerciale de la Loi sur la chasse et la pêche de l'Ontario. L'enjeu central était de déterminer leur possession du gibier en contravention de l'article 46 et du paragraphe 47(1) de la Loi sur la chasse et la pêche de l'Ontario et d'avoir eu en Les inculpés ont été accusés d'avoir chassé illégalement l'original et d'avoir eu en leur possession du gibier en contravention de l'article 46 et du paragraphe 47(1) de la Loi sur la chasse et la pêche de l'Ontario. L'enjeu central était de déterminer leur possession du gibier en contravention de l'article 46 et du paragraphe 47(1) de la Loi sur la chasse et la pêche de l'Ontario. L'enjeu central était de déterminer si deux personnes de la région de Sault Ste. Marie, qui s'identifient comme membres de la communauté métisse, peuvent revendiquer le droit ancestral des Métis de chasser comme un droit protégé par l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982. La Cour suprême du Canada a statué que la loi contestée était sans effet à l'égard des intimes puisque, en tant que membre de la communauté métisse de Sault Ste. Marie et des environs de cette ville, ils possèdent un droit ancestral de chasser pour se nourrir, garantit par le paragraphe 35(1). La Cour a conclu que le fait de ne pas reconnaître aux Métis le droit de chasser pour se nourrir, dans la loi chasser pour se nourrir, garantit par le paragraphe 35(1). La Cour a statué en question, porte atteinte au droit ancestral des Métis et que la conservation de la faune n'était pas une considération qui justifiait cette attente. La Cour a statué que, pour établir l'existence d'un droit ancestral rattache à un lieu précis, le demandeur doit démontrer qu'il appartient à une communauté métisse identifiable et possédant un degré de continuité et de stabilité suffisant, en faisant le critère établi dans l'arrêt R. c. Van der Peet pour tenir compte de l'histoire critique applicable aux Métis doit permettre de déterminer les coutumes, pratiques distinques des Métis et de leur ethnogenèse qui est postérieure au contact. Le critère applicable aux Métis doit permettre de déterminer les coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante du mode de vie distinctif de la communauté métisse et de ses rapports avec le territoire dans la période qui a suivi la naissance de la communauté métisse et qui a précédé son assujettissement.

## R. c. Powley, 2003 CSC 43

Les restrictions à un droit imposé par le gouvernement sonnt justifiées. Des objectifs comme la poursuite de l'équité sur les plans économique et régional, ainsi que la reconnaissance du fait que, historiquement, des groupes non autochtones participent à l'exploitation des ressources halieutiques, sont des objectifs pertinents à l'analyse de cette justification. Il faut donner la priorité aux droits ancestraux, mais il faut que ces droits soient compatibles avec d'autres droits et intérêts. La cause a été renvoyée en première instance pour que soit décidé si la réglementation des droits ancestraux de Pêche commerciale de la Loi sur la chasse et la pêche de l'Ontario. L'enjeu central était de déterminer leur possession du gibier en contravention de l'article 46 et du paragraphe 47(1) de la Loi sur la chasse et la pêche de l'Ontario. L'enjeu central était de déterminer si deux personnes de la région de Sault Ste. Marie, qui s'identifient comme membres de la communauté métisse, peuvent revendiquer le droit ancestral des Métis de chasser comme un droit protégé par l'article 35 de la Loi constitutionnelle de 1982. La Cour suprême du Canada a statué que la loi contestée était sans effet à l'égard des intimes puisque, en tant que membre de la communauté métisse de Sault Ste. Marie et des environs de cette ville, ils possèdent un droit ancestral de chasser pour se nourrir, garantit par le paragraphe 35(1). La Cour a conclu que le fait de ne pas reconnaître aux Métis le droit de chasser pour se nourrir, dans la loi chasser pour se nourrir, garantit par le paragraphe 35(1). La Cour a statué en question, porte atteinte au droit ancestral des Métis et que la conservation de la faune n'était pas une considération qui justifiait cette attente. La Cour a statué que, pour établir l'existence d'un droit ancestral rattache à un lieu précis, le demandeur doit démontrer qu'il appartient à une communauté métisse identifiable et possédant un degré de continuité et de stabilité suffisant, en faisant le critère établi dans l'arrêt R. c. Van der Peet pour tenir compte de l'histoire critique applicable aux Métis doit permettre de déterminer les coutumes, pratiques et traditions qui font partie intégrante du mode de vie distinctif de la communauté métisse et de ses rapports avec le territoire dans la période qui a suivi la naissance de la communauté métisse et qui a précédé son assujettissement.



En appuyuant ce critère aux faits relatifs aux causes, la Cour a statué que l'accuse dans la cause R. c. Gladstone avait fait valoir un droit de peine commerciale ancéstral. Toutefois, la Cour a aussi indiqué que, dans le contexte des droits

de la société.  
Partique, tout comme tradition qui faisait partie intégrante de la culture distinctive autochtone doit établir qu'à l'époque des premiers contacts avec les Européens, les droits ancestraux protégés en vertu de l'article 35. Essentiellement, un groupe autochtone doit établir que l'activité particulière instituant un droit ancéstral était une

Dans l'arrêt R. c. Van der Peet, la Cour a décrit les critères lui permettant de définir de 1982 inclus le droit de peine commerciale dans la notion de droit ancéstral.

Ces affaires soulèvent la question de savoir si l'article 35 de la Loi constitutionnelle

R. c. NTC Smokeshow Ltd., [1996] 2 R.C.S. 672  
R. c. Van der Peet, [1996] 2 R.C.S. 507; R. c. Gladstone, [1996] 2 R.C.S. 723;

### Critères relatifs aux droits ancestraux

La Cour a aussi statué qu'un titre ancéstral d'un groupe autochtone peut être réglementé par la Couronne tant au niveau fédéral que provincial. Elle a rejeté la demande reconventionnelle de la province voulant qu'elle ait compétence pour éliminer des droits ancestraux en statuant que, depuis la Confédération, seule la Couronne fédérale a cette compétence.

Il ne peut pas disposer des terres sans les céder à la Couronne, et il ne peut pas les utiliser d'une manière qui annéantit le lien spécial entre ce groupe et les terres visées.

Il ne peut pas disposer des terres sans les céder à la Couronne, et il ne peut pas les utiliser d'une manière qui annéantit le lien spécial entre ce groupe et les terres visées.

La Cour n'a pas donné d'indication relative à la question du droit à l'autonomie gouvernementale, elle a fait des déclarations générales sur l'étendue et le contenu du titre ancéstral. Essentiellement, si un groupe autochtone peut faire la preuve d'une occupation exclusive, à l'affirmation de la souveraineté, et qu'un lien substantiel entre le peuple et le territoire en question a été maintenu, il détient des droits collectifs exclusifs d'utiliser les terres. Il peut utiliser les terres à des fins infiniment variées, y compris l'exploitation économique. Toutefois, les terres à des fins infiniment variées, y compris l'exploitation économique. Toutefois,

La Cour a aussi statué qu'un titre ancéstral d'un groupe autochtone peut être utilisé pour reconnaître l'exploitation économique. Toutefois, il ne peut pas les utiliser d'une manière qui annéantit le lien spécial entre ce groupe et les terres visées.

La Cour a également statué que le droit à l'autonomie gouvernementale du Canada a statué que, en raison des difficultés de preuve, il était nécessaire de tenir un nouveau procès afin de déterminer si les demandeurs détinent le titre ancéstral et les droits à l'autonomie gouvernementale qu'ils revendiquent. Bien que la Cour n'a pas donné d'indication relative à la question du droit à l'autonomie gouvernementale, elle a fait des déclarations générales sur l'étendue et le contenu du titre ancéstral. Essentiellement, si un groupe autochtone peut faire la preuve d'une occupation exclusive, à l'affirmation de la souveraineté, et qu'un lien substantiel entre le peuple et le territoire en question a été maintenu, il détient des droits collectifs exclusifs d'utiliser les terres. Il peut utiliser les terres à des fins infiniment variées, y compris l'exploitation économique. Toutefois,

Degamukw c. British Columbia, [1997] 3 R.C.S. 1010

### Critères relatifs au titre ancéstral



Voir aussi R. C. Badger, dans ledit la Cour a statué que les critères justifiant une atteinte à des droits ancestraux, établis dans R. C. Sparrow, s'appliquent aux droits issus de traités.

La Cour a aussi conclu qu'il y a des rapports de nature fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones, fondés sur la nécessité pour la Couronne d'agir honorablement. Par conséquent, l'article 35 doit être interprété d'une manière compatible avec ces rapports. La Cour a imposé à la Couronne l'obligation de justifier toute mesure qui porte atteinte à un droit ancestral protégé par l'article 35.

Monsieur Sparrow a été poursuivi en justice par le procureur général du Canada en vertu de la *Loi sur les pêcheries* parce qu'il avait pêché en violation des conditions du permis de pêche délivré à une bande indienne. La Cour suprême du Canada a statué que monsieur Sparrow détient un droit ancestral de pêcher pour se nourrir, protégé par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Selon la Cour, la Couronne doit faire état d'une intention « claire et expresse » de mettre fin à un droit ancestral. En l'espèce, la preuve de la Couronne n'a pas satisfait au critère applicable.

#### R. C. Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075

Interprétation du paragraphe 35(1) : Critères permettant de justifier l'atteinte par la Couronne à un droit prévu au paragraphe 35(1)

2. Critères juridiques permettant de déterminer l'exécution de droits ancestraux ou issus de traités et de l'atteinte à ces droits.

Dès lors que l'application de l'obligation de consulter par les tribunaux diverses sortes de conduites de la Couronne et relativement à de nombreux droits tribunaux inférieurs ont évalué l'obligation de consultation à

amplies détails, veuillez communiquer avec votre conseiller juridique.

diverses sortes de conduites de la Couronne et relatives à de nombreuses

droits ancestraux et issues de traits différents. Pour une liste de ces décisions et de plus amples détails, veuillez communiquer avec votre conseiller juridique.

Interprétation et application de l'obligation de consulter par les tribunaux inférieurs



La Cour suprême du Canada a accueilli le pourvoi de la Première nation et annule la décision de la ministre d'autoriser la construction d'une route d'hiver qui devait traverser le parc national Wood Buffalo et lui a renvoyé le dossier pour qu'elle tienne des consultations et qu'elle en poursuive l'examen. La Cour a statué que l'obligation de consultation qui découlait du principe de l'honneur de la Couronne, ainsi que de l'obligation de celle-ci de respecter les droits issus de traités existants des peuples autochtones, ont été violées parce qu'aucune consultation adéquate n'a été tenue avant l'approbation par la Ministre de constitude la route. La Cour a affirmé que lorsqu'e la Couronne exerce son droit issu du Traité no 8 de « prendre » des terres et se demander s'il est compatible avec l'honneur de la Couronne. Cour a affirmé que la Couronne doit d'abord examiner le processus de la « prise » mise en œuvre, porterait atteinte à un droit issu du traité de la Première nation. La fondée sur Larret Sparrow même si on a conclu que la mesure envisagée, si elle était des terres, il n'est pas indiqué de passer directement à une analyse de la justification des peuples autochtones de manièr à rendre applicable l'obligation de consulter. En L'espace, la Cour a statué que l'obligation de consultation était déclenchée parce que les effets de la route proposée étaient clairs, démontrés et manifestement préjudiciables à l'exercice imminent des droits de chasse et de pêche des Cris judiciaires sur les terres en question. La Cour a statué que le contenu de l'obligation Mikisew sur les terres en question. La Cour a statué que le contenu de l'obligation de la Couronne en l'espèce se situe plutôt au bas du continuum puisque la route proposée est peu importante et située sur des terres cédées où les droits issus du traité des Cris Mikisew sont expressément assujettis à la restriction de la « prise » et de l'effet préjudiciable que le projet pourrait avoir, selon elle, sur ces intérêts. Au sujet du projet, traiter des intérêts des Cris Mikisew, connus de la Couronne, avec eux. Ce dialogue aurait aussi du demander aux Cris Mikisew d'exprimer leurs préoccupations et les écouter attentivement, et s'efforcer de réduire au minimum les effets préjudiciables du projet sur leurs droits de chasse, de pêche et de pêche-agile. La Cour a confirmé que le processus de consultation, s'il avait suivi son cours, n'aurait pas conféré aux Cris Mikisew un droit de veto sur le tracé de la route. Elle a réaffirmé que la consultation n'entraîne pas toujours un accommodement, et que l'accord modélement ne se traduit pas toujours par une entente.

En ce qui concerne le contenu de l'obligation de consulter, la Cour a conclu que la Couronne devant avisier les Cris Mikisew et nouer un dialogue directement avec eux. Ce dialogue aurait aussi du contenir de l'obligation de consulter, la Cour a concilié que la Couronne devant aviser les Cris Mikisew et nouer un dialogue directement avec l'honneur de la Couronne. La question dans chaque cas consiste à déterminer la mesure dans laquelle les dispositions envisagées par la Couronne auraient un effet préjudiciable sur les droits des peuples autochtones de manière à rendre applicable l'obligation de consulter. En L'espace, la Cour a statué que l'obligation de manifester le consentement préalable des Cris Mikisew sur les terres en question. La Cour a statué que le contenu de l'obligation Mikisew sur les terres en question. La Cour a statué que le contenu de l'obligation de la Couronne en l'espèce se situe plutôt au bas du continuum puisque la route proposée est peu importante et située sur des terres cédées où les droits issus du traité des Cris Mikisew sont expressément assujettis à la restriction de la « prise » et de l'effet préjudiciable que le projet pourrait avoir, selon elle, sur ces intérêts. Au sujet du projet, traiter des intérêts des Cris Mikisew, connus de la Couronne, avec eux. Ce dialogue aurait aussi du demander aux Cris Mikisew d'exprimer leurs préoccupations et les écouter attentivement, et s'efforcer de réduire au minimum les effets préjudiciables du projet sur leurs droits de chasse, de pêche et de pêche-agile. La Cour a confirmé que le processus de consultation, s'il avait suivi son cours, n'aurait pas conféré aux Cris Mikisew un droit de veto sur le tracé de la route. Elle a réaffirmé que la consultation n'entraîne pas toujours un accommodement, et que l'accord modélement ne se traduit pas toujours par une entente.

du Traité n° 8.

La question dans chaque cas consiste à déterminer la mesure dans laquelle les dispositions envisagées par la Couronne auraient un effet préjudiciable sur les droits des peuples autochtones de manière à rendre applicable l'obligation de consulter. En L'espace, la Cour a statué que l'obligation de manifester le consentement préalable des Cris Mikisew sur les terres en question. La Cour a statué que le contenu de l'obligation Mikisew sur les terres en question. La Cour a statué que le contenu de l'obligation de la Couronne en l'espèce se situe plutôt au bas du continuum puisque la route proposée est peu importante et située sur des terres cédées où les droits issus du traité des Cris Mikisew sont expressément assujettis à la restriction de la « prise » et de l'effet préjudiciable que le projet pourrait avoir, selon elle, sur ces intérêts. Au sujet du projet, traiter des intérêts des Cris Mikisew, connus de la Couronne, avec eux. Ce dialogue aurait aussi du demander aux Cris Mikisew d'exprimer leurs préoccupations et les écouter attentivement, et s'efforcer de réduire au minimum les effets préjudiciables du projet sur leurs droits de chasse, de pêche et de pêche-agile. La Cour a confirmé que le processus de consultation, s'il avait suivi son cours, n'aurait pas conféré aux Cris Mikisew un droit de veto sur le tracé de la route. Elle a réaffirmé que la consultation n'entraîne pas toujours un accommodement, et que l'accord modélement ne se traduit pas toujours par une entente.

La Cour a conclu que La Couronne s'estitue acquittée de son obligation de consulter la population du fait que la Première nation faisait partie du comité d'examen du projet et qu'elle a participé à part entière à l'examen environnemental, que ses vues ont été exposées aux ministres et que le certificat d'approbation du projet final contenait des mesures visant à répondre à ses préoccupations, à court comme à long terme. La Cour a aussi affirmé que la province n'avait pas l'obligation de se mettre d'accord avec la Première nation et le fait qu'elle n'y soit pas parvenue ne constitue pas un manquement à son obligation de mener des consultations de bonne foi. La Cour a aussi confirmé que le principe de l'honneur de la Couronne ne peut recevoir une interprétation étroite ou formaliste, mais il faut lui donner plein effet afin de promouvoir le processus de conciliation prescrit par le paragraphe 35(1) de la Loi constitutionnelle de 1982.

La Cour suprême du Canada, en appuiquant son analyse dans *L'affaire Nation Haïda* C. Columbia-Britannique (ministre des Forêts) [2004] CSC 72, publie en même temps que le présent arrêt, a accueilli le pourvoi de la province et statue qu'elle s'estitue l'entomologique de son obligation de consultation de la Première nation et d'accommodement des préoccupations en engageant le processus en vertu de l'*Entomologique Addendum Act*. La question était de savoir si la Couronne avait une obligation de consulter avant d'approuver la réouverture d'une mine et la construction d'une route d'accès à la mine qui traverserait un territoire que revendique la Première nation, mais dont les revendications de droits ancestraux et de titres ne sont pas encore prouvées. Dans *L'affaire Nation Haïda*, la Cour a confirmé l'existence de l'obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones avant qu'il n'ait été tranchée une revendication de droits ou de titres.

La Cour a conclu qu'en l'espèce, la Couronne avait l'obligation de consulter parce que la province était au courant des revendications en raison de la participation de la Première nation au processus de négociation de traités, et elle savait que la décision de rouvrir la mine et de construire une route d'accès pouvait avoir un effet préjudiciable sur le fond des revendications de la Première nation.

recommandation soit établie de façon définitive, et n'impose pas l'obligation de se mettre d'accord. La Cour a aussi affirmé que la Couronne peut déléguer certains aspects procéduraux de la consultation à des acteurs industriels qui proposent des activités d'exploitation, mais que la responsabilité juridique en ce qui a trait à la consultation et à l'accompagnement incombe en dernier ressort à la Couronne. Le respect du principe de l'honneur de la Couronne ne peut pas être dérogé.

*Première nation Tlingit de Takus River c. Colombie-Britannique (directeur d'évaluation de projet), 2004, CSC 74.*

La Cour a affirmé que l'obligation de la Couronne de consulter les peuples autochtones et d'accorder leurs intérêts respectueux sur le principe de l'honnêteté de la Couronne, qui découlait de l'affirmation de la souveraineté de la Couronne face à l'occupation antérieure des terres par les peuples autochtones. L'obligation de consulter la Couronne prend naissance lorsqu'e la Couronne a connaisance, concrètement ou par imputation, de l'existence potentielle du droit ou titre ancestral revendiqué et qu'elle envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur ce droit ou titre. L'étendue de l'obligation dépend de l'évaluation préliminaire de la solidité de la preuve établie au droit ou titre revendiqué, et de la gravité des effets préjudiciables potentiels sur le droit ou le titre. Pour ce qui est du contenu de l'obligation, la Cour a déclaré qu'à toutes les étapes, les deux parties sont tenues de faire montre de bonne foi et que les manœuvres malhonnêtes sont interdites. Des consultations menées de bonne foi peuvent donc permettre de découvrir une obligation d'accommoder. La Cour a affirmé que ces processus ne donne pas aux groupes autochtones un droit de veto sur les mesures susceptibles d'être prises à l'égard des terres en cause en attendant que la Cour ait la compétence de faire évoluer l'obligation.

National Haïda C. Columbia-Britannique (*ministre des Forêts*), [2004] CSC 73. La Cour suprême du Canada a rejeté le pourvoi de la provincie et a accueilli le pourvoi de Weyerhaeuser Company Ltd. Elle a statué que la provincie avait l'obligation légale de consulter les Haïdas avant de prendre des décisions concernant l'exploitation des forêts dans une région des îles de la Reine-Charlotte sur laquelle les Haïdas revendiquent des droits et titres des îles de la Reine-Charlotte sur laquelle elles ont pas encore prouvé. La Cour a déclaré que des consultations menées de bonne foi sont nécessaires. La Cour a aussi conclu que la province ne peut pas acquitter de son obligation de procéder à une véritable consultation. Elle a aussi conclu que Weyerhaeuser n'avait aucune obligation de consulter ou d'accorder les Haïdas. Elle a statué que l'obligation de consulter ne visait pas les tiers.

## Arrêts de la Cour suprême du Canada faisant autorité

### 1. Obligation de consulter

#### Résumés de causes

n'ont jamais fait l'objet de traités ou d'autres dispositions. Les négociations relatives aux revendications territoriales globales traitent des questions soulevées par les peuples autochtones, par les gouvernements et par les tribus parties au sujet du droit juridique de posséder ou d'utiliser des terres et des ressources dans les secrétariats faisant l'objet d'une revendication. Sans toutes réserves ou non toutes réserves : Décrit les communications signtificative que la partie ne renonce pas à son droit de non-divulgation de la écrits ou verbales. La présentation d'une communication « sous toute réserve » décrit les communications concrètes dans le but de remplir les obligations de la Couronne, comme dans les affaires National Halidà, Première nation Tliltciltà de Takla River, Première nation crête Mikiew et Sparrow, il est recommandé que l'entente soit « non sous toutes réserves ». Cela signifie que la Couronne peut utiliser la documentation devant les tribunaux comme preuve qu'elle a rempli son obligation de consulter et que le groupe autochtone peut utiliser la documentation par rapport à ses positions juridiques. Des communications de cette sorte peuvent être designées comme étant « officielles ».

Dans le contexte d'une consultation, si des ententes ou des protocoles sont sous toutes réserves ou officielles est présente. Il faut demander des conseils à l'avocat lorsqu'une demande de discussion procès. Le terme est souvent utilisé durant des négociations et des écrits « officielles ». On peut aussi désigner ce genre de communications comme communication. On peut aussi désigner ce genre de communications comme toutes réserves ou non toutes réserves : Décrit les communications sous toutes réserves ou officielles est présente.

Il est possible que deux groupes autochtones ou plus puissent démontrer détenir un titre ancestral sur les mêmes terres. Titre ancestral : Droit ancestral d'utilisation et d'occupation exclusives de terres.

**Revendications territoriales globale :** Une revendication territoriale globale porte sur l'affirmation de l'existence de droits ancestraux et de titres sur les terres qui

le terme « Première nation » pour remplacer le mot « bande » dans leur nom. Indiens inscrits et non inscrits du Canada. Certaines collectivités ont aussi adopté légale. Entre autres choses, les « membres des Premières nations » désignent les terres « Première nation » est largement répandu, il n'en existe aucune définition remplacer le mot « Indien » que des personnes l'usage a fait. Même si le

**Première nation :** Terme entré dans l'usage au cours des années 1970 pour

vie commun.

ses membres doivent vivre ensemble dans la même région et partager un mode de d'autre part. Une collectivité mélisse doit avoir une identité collective, et distingue de celles de leurs aînées indiens ou inuits d'une part, et européens et peine), possèdent leurs propres coutumes et une identité collective reconnaisable peuples distincts qui, en plus de leur ascendance mixte (indienne ou inuite et euro-Métis : Aux fins des droits conférés par l'article 35, le terme « Métis » désigne les

Individu.

inuit, l'inuktitut, le mot « inuit » signifie « peuple », tandis que « Inuk » désigne Nord-Ouest, dans le Nord québécois et le Nord du Labrador. Dans la langue Inuit : Autochtone du Nord canadien qui vit au Nunavut, dans les Territoires du

35 de la Loi constitutionnelle de 1982.

Joint ou pourrait jouter de droits ancestraux ou issus de traités en vertu de l'article Groupe autochtone : Une collectivité inuite, métisse ou de Premières nations qui

manière à permettre leur exercice dans le monde moderne (Marshall 1999; 2005). interprètes de lagon statique ou rigide, et les tribunaux doivent les interpréter de modifient les conditions d'un traité; les droits issus de traités ne doivent pas être intégrée et l'honneur de la Couronne sont présumés; les tribunaux ne peuvent concilier les intérêts des deux parties à l'époque de la signature; qui interprétation des traités a pour objet de déterminer l'intention commune, celle ambiguïté doit profiter aux signatures dans le contexte des traités historiques; Par exemple, les traités doivent recouvrir une interprétation libérale et toute qui sont prévus, de nombreux principes d'interprétation des traités s'appliquent. Lorsque les parties ne s'entendent pas sur l'étendue des obligations ou sur les droits

Marshall 1999).

principes énoncés par la Cour suprême du Canada (Badger 1996, Sundown 1999 et traités est fonction de leur libelle, ledit doit être interprété conformément aux

Droits issus de traités : Droits définis dans un traité historique, droits exposés dans un accord contemporain sur des revendications territoriales, ou certains aspects de quelques ententes d'autonomie gouvernementale. Généralement, les traités (historiques et contemporains) se caractérisent par l'mention de créer des obligations mutuellement échangeables qui seraient solennellement respectées (Simon, *Snow*). Un droit issu d'un traité peut être désigné dans une clause explicite d'un traité, dans une clause implicite, ou être une pratique raisonnablement accessoire à l'exercice du droit issu d'un traité. L'étendue des droits issus de traités historiques est contemporaine des revendications territoriales, ou certaines clauses de certains traités (historiques et contemporaines) sont évoquées dans un traité historique (Gagnon, 2002).

### *constitutionnelle de 1982).*

Droits conférés par l'article 35 : Droits anciens aux existants (conférés par l'article 35 de la Loi anglophone, et droits issus de traités existants, incluant le titre

Droits ancestraux : Pratiques, traditions et coutumes qui faisait partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone relevant le droit ancestral avant l'arrivée des Européens (*Van der Peet*). Dans le cas des Métis, les coutumes qui faisait partie intégrante de la culture distincte du groupe métis avant le contrôle effectif des Européens, c'est-à-dire avant que les Européens imposent leur domination politique et juridique dans la région revendiquée (Powley). En règle générale, ces droits dépendent des faits et du lieu.

Couronne : Ce terme désigne tous les ministères (des gouvernements fédéral et provinciaux) et organismes d'État et tous les fonctionnaires qui exercent les fonctions du gouvernement. L'obligation de consulter est un acte administratif qui relève du gouvernement dans son ensemble. Dans les arrêts *Nation Haliq et Première nation Tliltuk de Takoo River*, la Cour suprême du Canada a statué que les premières nations fédéral et provincial ont une obligation légale de consulter lorsqu'elles envisagent des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels.

envisagées et leurs effets sur leurs droits ancestraux ou issus de traités, établis ou potentiels. Lorsque la revendication est solide ou que les droits sont établis et que les effets préjudiciables potentiels sont importants, la consultation peut consister à fournir l'occasion de faire des observations; permettre une participation à l'occasion de faire des observations; pourrir des motifs écrits pour montrer que les préoccupations des Autochtones ont été prises en considération; et révéler l'impact officiel au processus décisionnel; fourrir des motifs écrits pour montrer que le groupe autochtone a eu sur la décision. Dans l'affaire *Première nation crête Mikiew*, la Cour a confirmé que la Couronne ne remplit pas son obligation légale de consulter si elle prend des décisions unilatérales pour répondre à ce qu'elle considère comme les préoccupations des Autochtones, sans consultation.

## Definitions

ANNEXE A

**Capacité :** L'aptitude d'une personne à comprendre la nature et la portée de ses accès. Dans ce contexte, l'aptitude des groupes autochtones à comprendre la nature de l'activité ou du projet envisagés par la Couronne et les effets qu'ils pourraient avoir sur les droits qu'ils pourraient détenir.

Common law : En général, des règles de droit qui s'élaborent au moyen de décisions judiciaires, à la différence de textes législatifs, concernant la gouvernance et la sécurité des personnes et de la propriété.

**Conduite de la Couronne :** Toute activité ou entreprise ou tout projet mené par le gouvernement fédéral dans l'exercice de ses compétences ou pouvoirs. Le gouvernement fédéral peut être responsable du projet ou l'approver par la délivrance de permis et d'autorisations. Dans les deux cas, ces actions constituent la conduite de la Couronne.

Connaissance de la Couronne : La Cour suprême du Canada a statué que l'obligation légale de consulter prend naissance lorsquie la Couronne a connaissance (voir la définition ci-dessous), « concrètement ou par implication », de l'existence potentielle ou établie de droits garantis par l'article 26 et envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur ceux-ci. Par conséquent, la première étape visant à éviter l'évaluation légale de consulter dans un cas particulier consiste à évaluer si la Couronne a cette connaissance. Si la Couronne n'a pas connaissance de l'existence potentielle de droits, il n'y a pas d'obligation légale de consulter.

**Consultation vérifiable :** Une consultation dépend des circonstances, mais elle doit toujours être vérifiable. Au minimum, elle consiste à aviser en temps opportun les groupes autochtones concernés des mesures envisagées par la Couronne et à leur transmettre des renseignements objectifs pour les aider à comprendre les mesures

Connaissance par l'interprétation : Le Black's Law Dictionary (8<sup>e</sup> édition) propose la définition suivante : [traduction] « Connaissance qu'une personne faisant partie de diligence raisonnable devrait avoir et que la loi confère par conséquent à personnes donne ». Donc, si la Couronne envisage une activité, elle doit se présenter sur l'existence de droits nécessaires ou issus de traits, établis ou potentiels, sur lesquels l'activité pourrait avoir des effets préjudiciables.

# La consultation et l'accompagnement des groupes autochtones

- Veuillez à ce que les principes directeurs soient respectés (voir la partie A).
- Confirmer que les points de décision normatifs ou obligatoires du processus sont atteints afin d'obtenir des résultats.
- Veiller à ce que la documentation pertinente relative au processus soit conservée.
- Intégrer des mesures visant à évaluer les progrès réalisés et l'efficacité du processus si il y a lieu (c'est à dire les légions retenues).

## Tenue de consultations – liste de vérification des « règles élémentaires »

Après la consultation et la mise en œuvre en cours ou achevée d'un projet, pour faciliser l'effacement ou l'accompagnement, si il y a lieu, il faudra que le ministère ou l'organisme en fasse de temps en temps un examen et apprête des ajustements si les circonstances changent.

- Lors de l'étape finale de la consultation, discuter de la documentation due le ministère ou l'organisme devant conserver dans le dossier officiel, y compris les décisions ou les engagements officiels pertinents provenant de l'une ou de toutes les parties concernées.
- Discuter de la divulgation de documents et de la création d'un dossier sur le processus de consultation.
- Effectuer une évaluation de la solidité de la revendication pour aider à déterminer l'étendue de la consultation et de l'accompagnement potentiel qui pourrait étre requis.
- Engager des discussions du gouvernement, sont raisonnables et appropriées d'un point de vue juridique.
- Au cours de la consultation, l'avocat pourra être appelé à remplir les fonctions suivantes :

- déterminer les conséquences précises pour le ministère ou l'organisme;
- informer le personnel des attentes précises;
- donner l'occasion de mettre en commun des expériences et des informations sur des méthodes et des outils pratiques;
- établir les bases de l'élaboration de méthodes, d'analyses et de pratiques communes.
- Il convient de noter que l'avocat du ministère de la Justice est disposé à participer et à contribuer aux séances de formation sur la consultation. Il est important de faire participer l'avocat affecté à votre ministère ou l'organisme de la Justice dans son rôle de soutien important au sein des ministères. Le processus de consultation qui sont mis en place remplit tout les obligations légales. Les légales de consultation qui sont imposées et qui sont reconnues et qui sont au long du processus de consultation afin de s'assurer que les consultations tout au long du processus de consultation afin de la Justice dans les cas suivants :

  - déterminer si l'avocat si le gouvernement a une obligation légale de consulter, quand cette obligation pourra être appliquée, et l'étendue de l'obligation. On peut aussi consulter l'avocat dans des situations où il a déjà été déterminé qu'un ministère ou un organisme fédéral doit consulter des groupes autochtones pour des raisons de politique publique ou de relations ou pour d'autres motifs (cela permettrait d'effectuer une évaluation afin de s'assurer qu'une obligation légale qui n'existe pas ne soit pas sous-entendue).
  - après que les faits essentiels ont été établis par le ministre/organisme fédéral, informer l'avocat de votre ministère ou orgaisme de la méthode de consultation adoptée pour qu'il puisse déterminer si elle est raisonnable en ce qui concerne la réalisation de l'obligation légale de consulter.

## Participation de l'avocat du ministère de la Justice au processus de consultation

- déterminer les conséquences précises pour le ministère ou l'organisme;
- donner l'occasion de mettre en commun des expériences et des informations sur des méthodes et des outils pratiques;
- établir les bases de l'élaboration de méthodes, d'analyses et de pratiques communes.
- Il convient de noter que l'avocat du ministère de la Justice est disposé à participer et à contribuer aux séances de formation sur la consultation. Il est important de faire participer l'avocat affecté à votre ministère ou l'organisme de la Justice dans son rôle de soutien important au sein des ministères. Le ministère de la Justice joue un rôle de soutien important au sein des ministères et des organismes relativement aux choix et aux options stratégiques, surtout en ce qui concerne l'uniformité à l'échelle du gouvernement. En particulier, il faudrait faire appel à l'avocat du ministère de la Justice dans les cas suivants :

  - déterminer si l'avocat si le gouvernement a une obligation légale de consulter, quand cette obligation pourra être appliquée, et l'étendue de l'obligation. On peut aussi consulter l'avocat dans des situations où il a déjà été déterminé qu'un ministère ou un organisme fédéral doit consulter des groupes autochtones pour des raisons de politique publique ou de relations ou pour d'autres motifs (cela permettrait d'effectuer une évaluation afin de s'assurer qu'une obligation légale qui n'existe pas ne soit pas sous-entendue).
  - après que les faits essentiels ont été établis par le ministre/organisme fédéral, informer l'avocat de votre ministère ou orgaisme de la méthode de consultation adoptée pour qu'il puisse déterminer si elle est raisonnable en ce qui concerne la réalisation de l'obligation légale de consulter.

- La formation est d'une importance cruciale pour assurer une compréhension cohérente de l'obligation de consulter et de son exécution. Elle contribuera à : améliorer la sensibilisation à l'obligation légale de consultation, ainsi que la compréhension de ce qu'elle comporte;
- favoriser la compréhension des rôles et des responsabilités de toutes les parties concernées par le processus de consultation;

## Considérations relatives à la formation

Au cours de cette phase de planification, on peut consulter les lignes directrices pratiques et les guides propres au ministère ou à l'organisme, sur les dépenses du Secrétariat du Conseil du Trésor, ainsi que les politiques, les

- La planification relative à l'utilisation des terres, à l'utilisation traditionnelle ou à des ressources cibles.
- La recherche et le développement,
- Les communications,
- La formation,
- La rédaction de rapports,
- Les voyages et l'hébergement,
- La participation à des réunions,
- L'échange de renseignements et la sensibilisation,

Par exemple, on pourrait appuyer :

En calculant les besoins en matière de ressources financières et humaines nécessaires à la consultation, les ministères ou organismes fédéraux devraient aussi tenir compte de l'incidence financière de la participation des groupes autochtones. Les tribunaux ont indiqué, comme règle générale, que la consultation doit être efficace et le processus raisonnable. La participation des Autochtones contribue à améliorer les résultats des prises de décisions et les tribunaux ont déjà considéré d'un œil favorable une aide gouvernementale à l'initiation des groupes autochtones afin de faciliter leur participation au processus de consultation.

- d'autres formes de soutien.
- La formation,
- Les communications,

- Lorsqu'une activité ou un projet proposé peut avoir des répercussions sur les intérêts des Métis et des Inuits non inscrits, le Bureau de l'interlocuteur fédéral au sein des Métis et des Inuits non inscrits devra faire toute la consultation nécessaire pour déterminer si les ressources pour de l'information sur les intérêts des Métis et des Inuits non inscrits; il est disponible pour faciliter les échanges d'information comme suit :
  - Le Bureau de l'interlocuteur fédéral devrait être informé par les ministères ou organismes de toutes les décisions visant à consulter des groupes de Métis ou d'Inuits non inscrits pour qu'il puisse les aider à assurer une plus grande uniformité des processus de consultation au sein du gouvernement fédéral;
  - Le Bureau de l'interlocuteur fédéral peut fournir des conseils sur les communautés autochtones et d'autres tiers;
    - La fréquence des activités liées à la consultation à l'intérieur du ministère et avec les groupes autochtones et d'autres tiers;
    - L'étendue potentielle de l'obligation légale de consultation et le processus de consultation proposé;
    - Les dépenses ministérielles liées au processus de consultation proposée;
    - Le pouvoir ministériel ou les programmes ou initiatives disponibles permettant de verser des fonds à des groupes autochtones, s'il y a lieu;
    - Les possibilités de collaborer et de partager les coûts de la consultation avec d'autres ministères ou organismes fédéraux, avec des gouvernements provinciaux ou territoriaux, ou avec le secteur privé;
    - Les possibilités de favoriser les regroupements de groupes autochtones (s'il n'en existe pas encore) afin de renforcer l'efficacité et de diminuer les coûts;
- des besoins immédiats précis relativement à :
  - la gestion des dossiers,
  - l'évaluation,
  - la planification et la recherche,
  - la capacité,

## Considérations relatives aux ressources financières et humaines

- Il faut dresser l'inventaire des ressources financières et humaines afin de déterminer comment le soutien nécessaire sera apporté aux initiatives de consultation. Par exemple, les ministères et organismes fédéraux doivent tenir compte des éléments suivants :
- Le Bureau de l'interlocuteur fédéral peut fournir des conseils sur les communautés autochtones et d'autres tiers;
    - La fréquence des activités liées à la consultation à l'intérieur du ministère et avec les groupes autochtones et d'autres tiers;
    - L'étendue potentielle de l'obligation légale de consultation et le processus de consultation proposé;
    - Les dépenses ministérielles liées au processus de consultation proposée;
    - Le pouvoir ministériel ou les programmes ou initiatives disponibles permettant de verser des fonds à des groupes autochtones, s'il y a lieu;
    - Les possibilités de collaborer et de partager les coûts de la consultation avec d'autres ministères ou organismes fédéraux, avec des gouvernements provinciaux ou territoriaux, ou avec le secteur privé;
    - Les possibilités de favoriser les regroupements de groupes autochtones (s'il n'en existe pas encore) afin de renforcer l'efficacité et de diminuer les coûts;
  - des besoins immédiats précis relativement à :
    - la gestion des dossiers,
    - l'évaluation,
    - la planification et la recherche,
    - la capacité,

- Examiner les mandats et les pouvoirs du ministre ou de l'organisme par rapport à des ententes ou à des protocoles de consultation précis qui pourraient être conclus avec des groupes autochtones, ainsi que l'étendue d'éventuelles mesures d'accompagnement.
- Déterminer les possibilités et les contraintes devant lesquelles le ministre ou l'organisme se trouve lorsqu'il mène des consultations, comme les ressources financières et humaines disponibles.
- Déterminer les possibilités et les contraintes devant lesquelles le ministre ou du courant de la consultation menée par votre ministre ou organisme.
- Identifier d'autres ministères ou organismes concernés qui devraient être tenus au courant de la consultation menée par votre ministre ou organisme.
- Examiner les relations actuelles du ministre ou de l'organisme avec des peuples, des groupes ou des organismes autochtones, et étudier les possibilités de mettre à profit et d'améliorer ces relations en vue de la consultation (p. ex., étudier la meilleure façon de consulter les groupes autochtones et de communiquer avec eux, en tenant compte des obstacles potentiels à la communication comme la langue et la culture).
- Examiner les options avec l'avocat du ministre ou de l'organisme afin de s'assurer que les procédures et les processus sont compatibles avec l'obligation légale de consultation.
- Déterminer si le Canada est engagé dans une poursuite judiciaire active avec ou les groupes autochtones concernés. Le cas échéant, l'avocat du ministre ne porte pas préjudice aux positions et arguments juridiques du Canada.

- Examiner les différentes méthodes de consultation possibles en tenant compte des types d'activités que le ministère ou l'organisme exerce habituellement ou pourraient être appliquées à exercer, ainsi que des processus de consultation qui sont peut-être déjà en place dans les régions ou dans le cadre de projets.

La liste suivante énumère quelques-unes des tâches à accomplir en vue de préparer les consultations de la Couronne :

En Nouvelle-Écosse, un processus de consultation provincial a été élaboré dans le cadre d'un processus de négociation tripartite plus vaste concernant les droits autochtones. Certains ministères et organismes peuvent avoir déjà instauré des responsabilités de s'assurer de l'obligation légale de consulter les peuples autochtones. Dans le cadre de son mandat, chaque ministère ou organisme fédéral a la responsabilité de s'assurer que la consultation prévue par la common law. En Nouvelle-Écosse, une obligation de consultation de la Couronne devrait être remplie en fonction des normes requises pour remplir l'obligation de consulter dans un objectif de même gouvernance. Ils devraient les évaluer afin de s'assurer qu'ils respectent les normes requises pour remplir l'obligation de consultation prévue par la common law.

Dans le cadre de son mandat, chaque ministère ou organisme fédéral a la responsabilité de s'assurer que la consultation prévue par la common law. Dans le cadre de son mandat, chaque ministère ou organisme fédéral a la responsabilité de s'assurer que la consultation prévue par la common law. Dans le cadre de son mandat, chaque ministère ou organisme fédéral a la responsabilité de s'assurer que la consultation prévue par la common law.

## Préparation de votre ministère ou organisme à la consultation

Le ministère sommairement décrit section décrivent les gestions des ministères et organismes fédéraux devant préparer les consultations, ce qui comprend l'examen des besoins en matière de finances, de ressources humaines et de formation, et la nécessité de faire participer l'avocat du ministère de la Justice. Elle complète la partie C qui fournit un guide par étape à l'intention des inter-venants qui auront à collaborer et à mettre en œuvre des processus de consultation de la Couronne sur le terrain. Les parties B et C sont des mesures provisoires visant à assurer la cohérence et l'efficacité des processus en attendant l'élaboration d'une politique fédérale sur la consultation et l'accommodement.

## II SE PRÉPARER AUX PROCESSUS DE CONSULTATION DE LA COURONNE

Les tribunaux ont également mis en place la Couronne pour assurer certains aspects procéduraux de la consultation à des tiers, comme le rôle assuré aux promoteurs industriels dans le cadre des évaluations environnementales ou l'imposition de conditions rattachées à l'émission des licences ou des autorisations pour réaliser certains types d'activités. De plus, la jurisprudence reconnaît que la Couronne peut tirer profit des consultations menées par un tiers et des mesures d'accompagnement prises par des tiers. Le rôle d'activités de cette sorte menées par des tiers dans le cadre du processus de consultation devrait être intégré à tous les plans et à toutes les initiatives de consultation de la Couronne.

Dans le cas d'une obligation légale de consultation, la responsabilité en ce qui trait à la consultation et à l'accommodement incombe en premier ressort à la Couronne car l'honneur de la Couronne ne peut être délégué.

Les tiers, comme les promoteurs industriels, n'ont pas d'obligation légale de consulter les groupes autochtones dont les droits pourraient subir les effets préjudiciables de leurs activités. La Couronne est la seule responsable légale des conséquences de ses actes et de ses rapports avec des tiers qui pourraient avoir des effets préjudiciables sur les droits ancestraux ou issus de traités. Toutefois, dans le cadre de ses relations et de ses rapports avec les groupes autochtones, le secrétaire privée exerce normalement une diligence raisonnable et applique d'autres pratiques commerciales de semblable nature. De telles pratiques peuvent favoriser également les initiatives de consultation.

Tiers

Mukew de la Cour suprême du Canada s'appliquent aux Gouvernements provinciaux et territoriaux. Les Gouvernements provinciaux et territoriaux ont instauré, à des degrés divers, leurs propres processus de consultation de la Couronne concernant des projets qui relèvent de leur compétence. Dans le cas d'initiatives qui engagent les deux ordres de gouvernement, il faudrait profiter au maximum des occasions de coordonner avec les Gouvernements provinciaux ou territoriaux afin d'accroître l'efficacité en minimisant le double emploi et les incompatibilités.

Provinces et territoires

- L'enfer de trouver une solution mutuellement satisfaisante à une situation donnee.

- Veiller à ce que des compétences rentrant dans l'éventualité d'actions développées soit tenus pour toute les réunions et l'ensemble de la corrépondance sociale pour que la Couronne puisse recourir à ces renseignements dans l'éventualité d'actions développées à d'autres parties en vertu de la Loi sur l'accès à l'information. Il est donc possible qu'il faille prendre des mesures précises avant de convaincre la conférence de tenir des discussions confidentielles ou non officielles ou d'assurer la confidentialité de documents. Il faut consulter l'avocat du ministre de la Justice avant de discuter de la façon dont des discussions ou des documents échangent au cours du processus de consultation pourraient être traités ou classifiés.
- Dans ce but, veiller à ce que la Couronne dispose des documents relatifs aux consultations effectuées par des tiers ou des agents de la Couronne.
- Prendre en considération les vues des groupes autochtones, les évaluer et y répondre.
- Examiner les possibilités d'atteindre tous les effets préjudiciables que pourraient subir les groupes autochtones et leurs droits en vertu de l'article 35, et chercher à minimiser ces effets.
- Être à l'écoute des participants en ce qui concerne les décisions qui ont été prises et la façon dont leurs préoccupations et leurs vues ont été prises en compte au cours du processus décisionnel.
- La Couronne peut s'attendre raisonnablement à ce que les groupes autochtones s'acquittent des tâches suivantes :

  - Exposer clairement et en temps opportun la nature et l'étendue des droits ancestraux ou des droits issus de traités qu'ils revendiquent, ainsi que les effets préjudiciables que la mesure envisagée par la Couronne ou un tiers pourrait avoir sur ces droits.
  - Défendre des positions déraisonnables pour empêcher le gouvernement de prendre des décisions (source : paragraphe 42 de l'arrêt *Nation Haida C. Columbia-Britannique* de la Cour suprême du Canada).
  - Ne pas contrearrêter les efforts déployés de bonne foi par la Couronne et ne pas informer la Couronne de leurs préoccupations.

## Groîpes autochtones

- Considérer la nature et l'étendue des droits ancestraux ou des droits issus de traités qu'ils revendiquent, ainsi que les effets préjudiciables que la mesure envisagée par la Couronne ou un tiers pourrait avoir sur ces droits.
- La Couronne peut s'attendre raisonnablement à ce que les groupes autochtones s'acquittent des tâches suivantes :

  - Exposer clairement et en temps opportun la nature et l'étendue des droits ancestraux ou des droits issus de traités qu'ils revendiquent, ainsi que les effets préjudiciables que la mesure envisagée par la Couronne ou un tiers pourrait avoir sur ces droits.
  - Défendre des positions déraisonnables pour empêcher le gouvernement de prendre des décisions (source : paragraphe 42 de l'arrêt *Nation Haida C. Columbia-Britannique* de la Cour suprême du Canada).
  - Ne pas contrearrêter les efforts déployés de bonne foi par la Couronne et ne pas informer la Couronne de leurs préoccupations.

- Identifier clairement l'entité ayant le pouvoir de consulter au nom du Canada dans le contexte en question – le ministère ou l'organisme qui a le mandat et le pouvoir de signer une entente ou un protocole conclu au nom du Canada – à dire le niveau décisionnel nécessaire, les mandats requis ou qui sont en place actuellement, ainsi que le processus potentiel pour l'obtention d'approbations). Lorsque cela n'est pas possible, il est important que toutes les entités concernées travaillent en collaboration. La désignation d'un ministre ou d'un organisme responsable est fortement encouragée.
- Si un tiers ou une entité non gouvernementale est concerné, déterminer comment les communications avec le gouvernement concernant les renseignements sur l'infomation des droits ancestraux ou issues de traités, potentiels ou établis, sur la mesure envisagée par le gouvernement ou un tiers soient fournis en temps opportun aux groupes autochtones concernés, y compris les coordonnées de la personne-ressource à contacter au sein du gouvernement, et les échéanciers qui pourraient s'appliquer.
- Veiller à ce que les renseignements pertinents sur la mesure envisagée par le gouvernement ou un tiers soient fournis en temps opportun aux groupes autochtones (dans le cadre de processus publics ou de processus réglementaires établis ou en plus de ces processus) et à ce que toutes les communications envisagées pour leur donner l'occasion de faire valoir des droits ancestraux ou leurs intérêts.
- Entamer le dialogue avec les groupes autochtones concernés au sujet de la mesure envisagée à ce qu'il y ait un processus suffisant de dialogue avec les groupes autochtones (dans le cadre de processus publics ou de processus réglementaires établis ou en plus de ces processus) et à ce que toutes les communications envisagées pour leur donner l'occasion de faire valoir des droits ancestraux ou leurs intérêts.
- Veiller à ce qu'il y ait un processus suffisant de dialogue avec les groupes autochtones (dans le cadre de processus publics ou de processus réglementaires établis ou en plus de ces processus) et à ce que toutes les communications envisagées pour leur donner l'occasion de faire valoir des droits ancestraux ou leurs intérêts.
- Veiller à donner suite de façon coordonnée et en temps opportun à toutes les communications régulières des groupes autochtones.

ou les types de mesures que chacun pourra être tenu de prendre, ainsi que la nature de l'activité ou de la décision.

- Etablir clairement les grandes lignes de l'activité envisagée par la Couronne ou du processus d'approbation de l'activité d'un tiers, en indiquant tous les ministères et organismes fédéraux qui pourraient être concernés, les décisions

Les tâches suivantes sont pertinentes à une conduite honorable de la Couronne dans le contexte de consultations auprès de groupes autochtones (que ce soit dans un objectif de même gouvernance ou en raison d'une obligation légale) et, si elles sont effectuées, elles contribuent à garantir que la Couronne agit honorairement :

Couronne puisse remplir ses obligations de consultation et le soutien au sein du gouvernement fédéral sont indispensables pour que la de traiter correctement avec les groupes autochtones concernés. La coordination au processus pour veiller à que la Couronne réagisse adéquatement et soit capable Dans certains cas, d'autres ministères ou organismes fédéraux devront participer

qui prend et qui peut créer une obligation de consultation. Il est important que tous les ministères et organismes participant à une activité engagées par la Couronne et dans le processus de consultation. En conséquence, designer toutes les entités fédérales qui jouent un rôle dans l'activité ou les mesures obligatoires de consultation et, le cas échéant, d'accommodement, sont prises pour chaque décision ou acte participant à l'activité doit s'assurer que des mesures appropriées de consultation à remplir ses obligations de consultation. Chaque ministère ou organisme fédéral leurs efforts pour accompagner leurs mandats respectifs de façon à aider la Couronne qui crée une obligation juridique de consulter travaillent ensemble et coordonnent leurs efforts pour accompagner leurs mandats respectifs de façon à aider la Couronne à remplir ses obligations de consultation. Chaque ministère ou organisme fédéral à remplir et qui peut créer une obligation de consultation.

La suite des présentes, les termes ministère et organisme seront employés pour fédérales. Une restriction s'appliquant à un ministère, à un organisme ou à une autre entité fédérale ne limite pas l'obligation de la Couronne dans les circonstances. Dans l'obligation de consultation et, le cas échéant, d'accommodement soient remplies. Qui démontre que les mesures envisagées par la Couronne sont susceptibles d'avoir des effets sur une revendication crédible de droits ancestraux ou issus de traités (voir la partie C), un processus efficace de consultation inclura la collaboration des groupes autochtones et une coordination entre les instances fédérales.

## **Ministères et organismes fédéraux (la Couronne)**



## PARTIE B

### CONSULTATION ET ACCOMMODEMENT DES GROUPES AUTOCHTONES

Lignes directrices provisoires  
afin de remplir l'obligation  
légale de consulter

### INFORMATIONS À L'INTENTION DES GESTIONNAIRES



**Respect des délais** – La consultation gagnera en efficacité si elle entreprise dès que possible dans le processus décisionnel. Des échéances claires et raisonnables servent établies en vue d'obtenir les commentaires des personnes concernées, et elles servent communiquées d'une manière claire.



**Efficacité** – Le processus de consultation doit être conçu de manière à utiliser les ressources et les processus existants et proposés de la manière la plus efficace possible, tout en maximisant la contribution de tous les participants.

- documenter les résultats du processus.

résultats n'en tiennent pas compte;

• informer les participants de la façon dont leurs préoccupations ont été prises en considération dans le processus décisionnel et leur expliquer pourquoi les

- fournir des renseignements clairs, exacts et pertinents;

- établir un dialogue tot dans le processus;

équitable du point de vue de la procédure, il faudrait :

**Ouverture et transparence** – Pour que le processus de consultation soit clair et

capacités physiques.

situation géographique, leur situation linguistique ou socioéconomique, ou leurs accès au processus, en prenant en compte les capacités des collectivités, leur appropries doivent être prises pour s'assurer que les groupes autochtones ont ou potentiellement sont susceptibles de subir des effets préjudiciables. Des mesures faudrait s'assurer de la participation des groupes autochtones dont les droits établis la décision. Pour une consultation fondée sur une obligation légale de consulter, il autochtones qui ont un intérêt dans la décision ou qui pourraient être touchés par Accessibilité et inclusivité – Il est important d'assurer la participation des groupes des cultures, des idées et des préoccupations».

**Respect mutuel** – La consultation doit être fondée sur le respect mutuel de tous les participants et prendre la diversité des intérêts, des points de vue,

## Principes décollant de la pratique

contexte en question.

enviser des mesures d'accommodement qui pourraient être appropriées dans le rapport à la planification et à la mise en œuvre de l'activité proposée, et à faut que la Couronne soit prête à réagir, à faire preuve d'une certaine souplesse donne et à traiter d'une manière sérieuse les questions soulevées. Pour ce faire, il des Autochtones, à minimiser les effets préjudiciables potentiels d'une activité capacite d'adaptation – La consultation vise à donner suite aux droits et intérêts malhonnêtes.

prédicterminés, de motivations sous-jacentes ou d'apparence de manœuvres

**Bonne foi** – La consultation doit reposer sur des efforts sincères, notamment la divulgation des facteurs et des renseignements pertinents et l'absence de résultats

**Consultation efficace** – L'obligation de consulter nécessite une volonté sincère et une capacité sincères d'adapter les mesures envisagées si il y a lieu. Pourraient avoir les mesures envisagées par la Couronne sur les droits garantis par l'article 35. Pour que la consultation soit efficace, il doit y avoir une volonté d'examiner les préoccupations et les intérêts légitimes qui sont liés aux effets que

**Caractère raisonnable** – Les efforts déployés par la Couronne en vue de concilier et d'équilibrer d'autres intérêts sociaux et les droits ancestraux et issus de traités, établir ou potentiellement, doivent être raisonnables.

**Reconciliation** – L'obligation de consulter, le cas échéant, d'accorder, fait compatibles avec l'objectif global de réconciliation avec les groupes autochtones. Les efforts déployés par la Couronne pour consulter et accomoder les groupes officiel des revendications, incluant l'application et la mise en œuvre des traités. L'affirmation de la souveraineté par la Couronne et se poursuit au-delà du règlement partiel d'un processus honorable de négociation et de réconciliation qui débute à

autochtones.

**Honneur de la Couronne** – L'honneur de la Couronne est en jeu dans tous les rapports entre la Couronne et les peuples autochtones. L'obligation de consulter et, le cas échéant, d'accorder, découle de la relation spéciale qui existe entre la Couronne et les peuples autochtones, et la Couronne doit l'exécuter d'une manière qui favorise la réconciliation des droits et des intérêts autochtones et non

Les principes juridiques suivants s'appliquent dans tous les cas où une obligation de consultation s'impose. Ils décrivent brièvement le fondement de cette obligation et les objectifs poursuivis par la Cour en imposant cette obligation de common law.

## Principes juridiques

**L'**orsqu'elle élaborera et mettra en œuvre des processus de consultation d'accordement, la Couronne respectera une série de principes qui découlent de la jurisprudence et des pratiques de consultation gouvernementales etables au cours des années.

## IV PRINCIPES DIRECTEURS

Le site Web d'Affaires indiennes et du Nord Canada propose, à des fins d'information, une carte du Canada représentant les traités modernes (ententes de revendications globales). Vous la trouverez à l'adresse suivante : <http://geoviewer/geoviewer/Default.aspx?Language=fr>. Vous pouvez imprimer en vous servant de la touche "Imprimer" qui se trouve à la gauche de l'écran.

Partout au pays, l'application de méthodes de consultation communautaires et, si l'y a lieu, de mesures d'accommodement doit être conciliée avec l'existence de droits variétés. Ces droits variétés en fonction du traité en vigueur, de la sorte d'activités, des ressources ou des revendications existantes, ou de la région où le projet ou l'activité doit avoir lieu. De plus, les ententes de règlement de revendications terri- toriales contemporaines comportent souvent leurs propres dispositions relatives à la consultation, qui ont été convenues par toutes les parties. Les procédures et les méthodes de consultation doivent tenir compte de ces différences et prévoir des adaptations appropriées pour aborder les différentes types de droits et obligations de la Couronne qui sont en cause dans différentes régions géographiques du pays.

### 3. Contexte géographique

La bâtie de consultation, démine dans les arrêts *National Halibut*, Première nation Tlingit de Takhi River et Première nation criie Mikiew de la Cour suprême du Canada, constitue le fondement des présentes lignes directrices provisoires. Il y a plusieurs autres raisons ou sources juridiques à l'obligation de la Couronne de consulter les groupes autochtones, notamment des dispositions législatives et réglementaires, des accords sur les revendications territoriales globales, des traites, des ententes contractuelles, et d'autres exigences plus précises de la common law qui pourraient s'appliquer dans un contexte particulier. Il est important de déterminer la source juridique de l'obligation potentielle de consultation pour établir ce qui devrait être fait dans un contexte particulier. La consultation pour juger du ministre de la Justice peut être utile à cet égard.

## 2. Contexte juridique



autocétones concernes les préférant. Par conséquent, l'objectif des présentes ligues directrices est de proposer une méthode de consultation qui concilie le besoin de cohérence dans l'exécution de l'obligation légale de consulter de la Couronne avec la soupplesse, la responsabilité et l'obligation de rendre compte aux autres intérêts, pour déterminer la meilleure façon de remplir cette obligation.

La consultation des représentants des Premières nations, des Métis et des Inuites est une réalité canadienne qui précède les décisions de la Cour suprême du Canada. Bien que les méthodes de consultation diffèrent suivant le type de projet ou le ministère ou l'organisme gouvernemental concerné, de nombreuses méthodes ont été élaborées conjointement avec des représentants autochtones et appliquées de manière satisfaisante pour les parties concernes. De plus, les processus de consultation publique existantes pourraient répondre à l'obligation directrices provisoires complètent les processus de consultation qui ont cours dans différentes régions du pays. Le secteur privé pourrait aussi mettre sur pied des processus de consultation. Tous les processus existants devraient être évalués afin de déterminer, s'il y a lieu, les mesures que la Couronne doit prendre pour assurer de son obligeation légale de consulter dans certaines circonstances

Précises. Par exemple, le processus fédéral d'évaluation environnementale peut déterminer si l'obligation, les mesures que la Couronne doit prendre pour assurer de son obligeation légale de consulter dans certaines circonstances

et des exigences particulières en matière d'information qui peuvent différer des exigences de l'obligation légale de consulter qui sont édictées par les représentants fédéraux dans le cadre d'un projet ou d'une activité qui pourrait avoir des effets préjudiciables sur les droits garantis par l'article 35.

Les ministères et organismes devront évaluer leurs méthodes à la lumière de ces lignes directrices et apporter les ajustements ou les changements qui s'imposent.

## I. Contexte historique

**L'**obligation de consulter les groupes autochtones et, s'il y a lieu, d'accommoder les contextes historique, juridique et géographique.

## III. CONTEXTE

autocétones concernes les préférant. Par conséquent, l'objectif des présentes ligues directrices est de proposer une méthode de consultation qui concilie le besoin de cohérence dans l'exécution de l'obligation légale de consulter de la Couronne avec la soupplesse, la responsabilité et l'obligation de rendre compte aux autres intérêts, pour déterminer la meilleure façon de remplir cette obligation.



Tous les ministères et organismes fédéraux sont tenus de s'acquitter de l'obligation légale de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder. En outre, de nombreux méthodes de consultation sont employées actuellement d'un bout à l'autre du pays (entre autres dans le cadre de nombreux accords de consultation liés à des projets particuliers). Laisser aux différents ministères et organismes fédéraux le soin de décider de la meilleure façon de s'acquitter de leurs responsabilités en matière de consultation produirait probablement des résultats inégaux et pourraient accroître le risque juridique pour le Canada. Toutefois, le recours à des lignes directrices très normatives reviendrait à minimiser la route dans de nombreux cas où les processus de consultation existants s'avèrent adéquats et les groupes

**L**es présentes lignes directrices ont pour objet de fournir aux ministres et aux organismes fédéraux des conseils et des indications pratiques concernant l'obligation légale de la Couronne de consulter les groupes autochtones et, si il y a lieu, d'accommoder leurs intérêts. Elles visent à donner des conseils et à proposer des mesures pour aider les ministres et les organismes fédéraux à déterminer si des consultations avec des groupes autochtones sont requises sur le plan juridique et, le cas échéant, comment les organiser et favoriser les conditions nécessaires à l'obtention d'une consultation adéquate. La mise en œuvre des présentes lignes directrices est une étape qui permettra d'alligner le besoin d'uniformité dans les pratiques et mesures fédérales avec le droit en fourniissant des renseignements et des outils communs et en se fondant sur des informations existantes au sein du système fédéral.

II OBJET

Le présent document est divisé en trois parties : partie A - Introduction aux lignes directrices provisoires sur la consultation et l'accompagnement des groupes autochtones ; partie B - Informations directrices provisoires à l'intention des gestionnaires ; partie C - Informations à l'intention de ceux qui tiennent les consultations. La partie C comprend une description des principes directeurs qui régissent la consultation, ainsi qu'un guide par étape que les ministères et organismes fédéraux peuvent consulter pour déterminer si une obligation existe et comment elle pourrait être remplie; le guide contient des listes détaillées de facteurs qui aideront à gérer leurs consultations.

ministre ou organisme fédéral qui participe à l'activité ou au projet envisagé par la Couronne qu'il incombe de s'assurer que des mesures appropriées de consultation et, le cas échéant, d'accommodement sont prises si l'obligation s'applique aux décisions ou actes qui sont mis en œuvre.

Couronne peut faire l'objet d'une révision judiciaire avant qu'un droit établi soit défini ou qu'une revendication en suspens soit réglée. L'étendue de la

consultation sera proportionnelle à la solidité du droit potentiel et à l'importance de l'effet préjudiciable de l'activité envisagée. La consultation peut démontrer qu'il est nécessaire d'accorder.

Outre ce cadre général, les tribunaux ont jusqu'à laisser au gouvernement le soin de détailler le processus d'application de l'obligation légale de consultation. Il faut

prendre en considération le moment où l'obligation de consultation pourra être effectuée et comment elle pourra être appliquée et comment elle correspond aux politiques de consultation existantes du ministère ou de l'organisation afin d'en

faire un élément de la gestion gouvernementale quotidienne comme les décisions opérationnelles, l'élaboration de politiques, les négociations et le processus légis-

latif. Les présentes lignes directrices provisoires visent à fournir une orientation sur l'application de l'obligation de consultation de sorte à ce que l'obliga-

tion soit respectée et que les mesures d'accompagnement qui portera sur des

politiques fédérale sur la consultation et l'accompagnement qui portera sur des

questions de droit et de politiques non résolues comme l'énergie, l'obliga-

tion soit respectée et que les mesures d'accompagnement qui portera sur des

consolidations, ainsi que sur la conciliation de l'obligation légale en évolution avec

des obligations statutaires et d'autres obligations de consultation de nature légale

(p. ex., des ententes sur les revendications territoriales globales, etc.). On s'attend à ce que la politique de consultation, qui s'appuie sur un dialogue avec les

groupes autochtones à des fins de partenariat, permette au gouvernement fédéral

dans son ensemble de s'acquitter de cette obligation légale d'une manière plus

logique, cohérente et efficace.

L'extérieur du gouvernement, fera en sorte que les présentes lignes directrices

restent « aux pratiques exemplaires provenant tant de l'intérieur que de

l'évolution de la jurisprudence relative à la consultation, conjointe aux « legions

provisoires changeront avec le temps. En outre, on s'attend à ce que l'élaboration

d'une politique fédérale sur la consultation et l'accompagnement soit une influence

diverse évaluée leurs méthodes actuelles de consultation des groupes autochtones

afin de s'assurer qu'elles sont compatibles avec les présentes lignes directrices et

avec le cadre de la politique de consultation qui sera élaborée. C'est à chaque

entre la Couronne et les peuples autochtones, doit étre remplie d'une manière honnue et qui favorise la conciliation des intérêts

Dans les causes en question, la Cour suprême du Canada a également conclu que l'obligation légale de consultation, qui découlle de la relation spéciale qui existe

common law; nous reisons reerenece aux obigations structurales et contractuelles de consultation d'une maniere explicite.

L'obligation légale de consultation fait référence à l'obligation prévue par la

mesures envisagées par la Couronne et relativement à des appétences à d'autres époques) gérants par l'article 33. Ces obligations sont des prérogatives légales directrices, issues de traités, potentiels et établis. Aux fins des présentes lignes directrices,

Le gage de consultation est, le cas échéant, d'accompagnement, lorsqu'elle envisage des mesures susceptibles d'avoir un effet préjudiciable sur les droits (potentiels ou établis) exercants par l'article 35. Cette obligation à être appliquée à différences

*Takau River, la Cour suprême du Canada a statué que la Couronne a une obligation contractuelle de 1982<sup>13</sup>. Dans les arrêts *Nation Haida et Première nation Tliltciltzintla**

Leur reconnaissance est de leur confirmation au titre de *L'artiste 35 de la Loi* - des Peuples autochtones du Canada, déclarant de

Judiciale des obligations de la Couronne dans le contexte des droits existants -

Halila<sup>1</sup>, Première nation Tlingit de Takus River<sup>2</sup> et Première nation crue Mikiew<sup>3</sup>.

et que la Cour suprême du Canada a décrite récemment dans les arrêts *Nation* et *Curve pour s'acquitter de l'obligation de consultation prévue par la common law*

consultez, des groupes qui doivent être consultés et du processus à mettre en place pour la révision de l'ordonnance.

meilleur à la décision de consister à examiner de tous ces facteurs et de leur interaction. Toutefois, les présentes lignes directrices provisoires ne sont pas axées sur le contexte général, mais plutôt sur la détermination du moment de

ses obligations statutaires, contractuelles et de la common law. Le processus

ses objectifs en matière de même gestion publique, mais aussi pour des raisons juridiques. Le Canada est tenu de consulter les groupes autochtones en vertu de

Le résultat de l'aktion de politiques rationnelles et la prise de décisions éclairée. Le Gou-

consultation joue un rôle important dans la même gestion des affaires publiques,

**L**e gouvernement du Canada consulte la population canadienne sur des questions qui ont de l'importance et qui présentent un intérêt pour elle. La

# I INTRODUCTION



## PARTIE A

### CONSULTATION ET ACCOMMODEMENT DES GROUPES AUTOCHTONES

Lignes directrices provisoires  
afin de remplir l'obligation  
légitime de consulter

## INTRODUCTION

ANNEXE B : RESUMES DE CAUSES .....	29
<b>LE PROCESSUS DE CONSULTATION DE LA COURONNE .....</b>	
Première phase : Analyse et planification préliminaires .....	
- Première étape : Décrire et planifier l'activité ou le projet proposé .....	
- Deuxième étape : Faire des recherches préliminaires sur les groupes autochtones et leurs droits dans la région, et cerner les effets potentiels de l'activité ou du projet proposé .....	
- Troisième étape : Effectuer l'évaluation et l'analyse préliminaires, y compris l'évaluation de la solidité du droit revendiqué .....	
- Quatrième étape : Détecter les préjudiciables de l'activité ou du projet proposé .....	
- Cinquième étape : Si l'activité ou du projet proposé sur les droits préjudiciables de l'activité ou du projet proposé .....	
- Sixième étape : Déterminer la gravité potentielle des effets préliminaires de cette obligation légale de consulter, déterminer le contenu de cette obligation (les étapes et le contenu préliminaires d'un processus de consultation) .....	
Deuxième phase : Consultation par la Couronne .....	
- Mettre en œuvre le processus de consultation de la Couronne .....	
Troisième phase : Accommodement .....	
- Première étape : Recueillir les renseignements généraux justifiant l'accommodement .....	
- Deuxième étape : Examiner et déterminer la ou les options d'accommodement .....	
- Troisième étape : Choisir la ou les options d'accompagnement .....	
- Quatrième étape : Documenter et communiquer la ou les décisions .....	
Quatrième phase : Mise en œuvre, surveillance et suivi .....	
- Première étape : Mettre en œuvre la décision .....	
- Deuxième étape : Surveiller la mise en œuvre .....	
- Troisième étape : Assurer le suivi .....	
NOTES EN FIN DE TEXTE .....	
62	

## ANNEXE A : DEFINITIONS

II	II
15	- Rôles et responsabilités .....
15	- Ministères et organismes fédéraux (la Couronne) .....
15	- Grouper les autocochtones .....
15	- Provinces et territoires .....
15	- Tiers .....
18	Se préparer aux processus de consultation de la Couronne .....
19	- Préparation de votre ministère ou organisme à la consultation .....
21	- Considérations relatives aux ressources financières et humaines .....
22	- Considérations relatives à la formation .....
23	- Participation des avocats du ministère de la Justice .....
23	- au processus de consultation .....
24	- Tenue de consultations – liste de vérification des règles élémentaires .....

## **PARTIE B - INFORMATIONS A L'INTENTION DES GESTIONNAIRES**

I	Introduction . . . . .	1
II	Objet . . . . .	7
III	Contexte . . . . .	8
4	- Contexte historique . . . . .	8
5	- Contexte juridique . . . . .	9
6	- Contexte géographique . . . . .	9
6	- Principe directeurs . . . . .	9
7	Principes déroulant de la pratique . . . . .	11
IV		10

## PARTIE A - INTRODUCTION

## TABLE DES MATIÈRES

Lignes directrices provisoires à l'intention des fonctionnaires fédéraux afin de remplir l'obligation légale de consulter

# CONSULTATION ET ACCOMMODEMENT DES GROUPES AUTOCHTONES

Fullfill the Legal Duty to Consult

Consultation and Accommodation - Interim Guidelines for Federal Officials to  
This publication is also available in English under the title: Aboriginal

Services gouvernementaux Canada  
Ministre des Travaux publics et des

Numéro ISBN : 978-1-100-50392-9  
Numéro de Catalogue : R3-111/2009  
QS-7105-000-BB-AI

ATME seulement 1 866 553-0554

1 800 567-9604  
[www.aianc-imac.gc.ca](http://www.aianc-imac.gc.ca)

Ottawa, 2009  
Métis et des Indiens non inscrits  
canadien et interlocuteur fédéral auprès des  
ministre des Affaires indiennes et du Nord  
Publie avec l'autorisation du

FÉVRIER 2008

Lignes directrices provisoires  
à l'intention des fonctionnaires fédéraux  
afin de remplir l'obligation  
legale de consulter

# GROUPE AUTOCHTONES ACCOMMODEMENT DES CONSULTATION ET

